

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

LINDSAYCA S.A.S.

CONTRA

**TRANSPORTADORA DE GAS
INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A.
E.S.P.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

- 1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO.
 - 1.1.- LA PARTE CONVOCANTE.
 - 1.2.- LA PARTE CONVOCADA.
- 2.- EL PACTO ARBITRAL.
- 3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.
- 4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.
- 5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

- 1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL.
- 2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA INICIAL.
- 3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.
 - 3.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS.
 - 3.1.1.- JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO. TERMINACIÓN AJUSTADA A LOS TÉRMINOS CONVENIDOS. CULPA EXCLUSIVA DE LINDSAYCA.
 - 3.1.2.- POR NO HABER INCUMPLIDO TGI NO HAY OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR.
 - 3.1.3.- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. LOS PERJUICIOS SE ADEUDAN DESDE QUE EL DEUDOR INCURRIÓ EN MORA. DADO QUE LINDSAYCA NO CUMPLIÓ EN LA FORMA Y TIEMPO DEBIDOS, TGI NO SE ENCUENTRA EN MORA DE CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES Y, POR TANTO, NO HAY DERECHO A RECLAMAR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.
 - 3.1.4.- INEXISTENCIA DEL DAÑO RECLAMADO POR LINDSAYCA.
- 4.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

- 5.- HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.
 - 5.1.- LA ETAPA PRECONTRACTUAL.
 - 5.2.- EL CONTRATO Y SUS GARANTÍAS.
 - 5.3.- EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.
 - 5.4.- LOS PERJUICIOS CAUSADOS.
- 6.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.
 - 6.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS.
 - 6.1.1.- COBRO DE LO NO DEBIDO.
 - 6.1.2.- FALTA O AUSENCIA DE NEXO JURÍDICO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS OBLIGACIONES QUE PRETENDE COBRAR TGI POR SU RELACIÓN DE ECOPETROL Y LINDSAYCA S.A.S.
 - 6.1.3.- CULPA DEL CONTRATANTE Y AUSENCIA DE CULPA DEL CONTRATISTA.
 - 6.1.4.- FALTA DE COMPETENCIA DE TGI PARA TERMINAR EL CONTRATO, INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA E INCUMPLIMIENTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.
 - 6.1.5.- INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA EXIGIDA POR TGI EN LA CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA DEL CONTRATO.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

- 1.- LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.
- 2.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL.
 - 2.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.
 - 2.1.1.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.
 - 2.1.2.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

- A. LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES SOBRE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.
- B.- EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES ANTE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.
 - (i) EL PLAZO SE AMPLIÓ, PERO IGUALMENTE VENCIO SIN LA ENTREGA DE UNA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO SATISFACTORIA.
 - (ii) LA CONTROVERSIA SOBRE LA DIVISIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS SE SUPERÓ.
 - (iii) NINGUNO DE LOS PROYECTOS DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO ENTREGADOS POR LINDSAYCA CUMPLÍA CON LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.
- C.- LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES AL RESPECTO.
 - (i) LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE CONTRACTUAL.
 - (ii) OBJETO IMPOSIBLE EN LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.
 - (iii) INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO.
- 2.2.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.
 - 2.2.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.
 - 2.2.1.1.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LINDSAYCA S.A.S.
 - 2.2.1.2.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA TERMINACIÓN UNILATERAL EFECTUADA POR LA TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. – E.S.P.
 - A.- LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN PREVISTA EN EL CONTRATO.
 - B.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE TGI Y SU RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN.
 - C.- LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS QUE SE RIGEN POR LAS NORMAS DEL DERECHO PRIVADO.
 - D.- LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN EL PRESENTE CASO.

- 2.1.2.- PRETENSIONES RELACIONADAS CON EVENTUALES INDEMNIZACIONES.
- 3.- OTROS ASPECTOS OBJETO DE DECISIÓN.
 - 3.1.- EL JURAMENTO ESTIMATORIO.
 - 3.2.- LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA CONVOCANTE.
 - 3.3.- LAS COSTAS.

CAPÍTULO CUARTO

DECISIÓN

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

LINDSAYCA S.A.S.

CONTRA

**TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI
S.A. E.S.P.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **LINDSAYCA S.A.S.** como parte Convocante, y **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**, como parte Convocada, profiere el presente Laudo Arbitral después de que todas las etapas que la normativa vigente (Ley 1563 de 2012 y normas complementarias) prevé para el desarrollo del proceso arbitral se surtieron debidamente, etapas que se adelantaron con apego a la ley y con pleno respeto de los derechos y garantías de las partes, con lo cual decide el conflicto jurídico que las partes sometieron al conocimiento de este Tribunal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO.

Los extremos de este proceso arbitral son los siguientes:

1.1.- La Parte Convocante.

La parte Convocante en este proceso es **LINDSAYCA S.A.S.** (en adelante y para los efectos del presente Laudo Arbitral **LINDSAYCA**), sociedad comercial debidamente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y representada legalmente por el señor MILTON MIGUEL LINARES PENAGOS, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente.

En este proceso arbitral actúa a través de apoderado judicial, a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar en el presente trámite con fundamento en el poder que igualmente reposa en el expediente.

1.2.- La Parte Convocada.

La parte Convocada es la sociedad **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**, (en adelante TGI), Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios debidamente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por su Gerente JULIAN ANTONIO GARCÍA SALCEDO, tal y como consta con los documentos que obran en el proceso.

En este proceso igualmente actúa a través de apoderado judicial a quien en forma oportuna se le reconoció personería adjetiva para actuar en el presente trámite con fundamento en el poder que milita en el expediente.

2.- EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la cláusula compromisoria incorporada en el Contrato No. 750758 de del 3 de diciembre de 2015, en adelante y para los efectos del presente Laudo Arbitral el Contrato, que tuvo como objeto que el *“El Propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete mediante la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer), al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la transferencia de La Empresa, a la terminación del Contrato, de la Estación de Comprensión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana – Apiay y la Estación de Comprensión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay – Villavicencio – Ocoa, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, así como sus anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo”*.

La Cláusula Compromisoria con base en la cual se promovió y adelantó este proceso arbitral es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA QUINCUAGÉSIMA SEXTA. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Las partes acuerdan que en el evento en que surjan diferencias entre ellas, por razón o con ocasión del presente Contrato, buscarán en primera medida mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa o la conciliación. Para ese efecto, las partes dispondrán de un término de treinta (30) días calendario por cada uno de los mecanismos anteriormente enunciados, contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud en tal sentido. Dicho término podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo. Una vez agotadas las etapas anteriores las partes no logran un acuerdo, todas las eventuales diferencias originadas con ocasión de este Contrato, se someterán a un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con las leyes colombianas y las siguientes reglas:

Arbitramiento (sic). "Si la controversia no se resuelve por los mecanismos de arreglo directo, cualquiera de Las Partes podrá iniciar dicho arbitramiento (sic), dando aviso a la otra Parte, teniendo en cuenta lo siguiente:

a.- El Tribunal está integrado por tres (3) árbitros designados por Las Partes de común acuerdo. El Tribunal decidirá en Derecho.

b.- El lugar de arbitramiento (sic) será Bogotá D.C., Colombia y el tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

c.- Los gastos, costas y honorarios de árbitros y secretario que se generen con ocasión de la convocatoria y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento serán asumidos por partes iguales entre Las Partes.

d.- En todo lo demás se aplicará lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012, o demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan".

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- Por conducto de apoderado judicial la sociedad **LINDSAYCA** presentó el día 20 de mayo de 2016 la demanda arbitral con la que se dio inicio a este proceso.

3.2.- Agotado el trámite de la designación de árbitros, el nombramiento se produjo de consuno por las partes. Luego de que ellos aceptaron su designación y se cumplió con lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 1° de agosto de 2016. En esta audiencia el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó Presidente y Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- Mediante Auto No. 2 de esa misma fecha se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de ella por el término legal al extremo Convocado; igualmente se ordenó notificar dicha providencia al Ministerio Público junto con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quien, previamente, ya se le había dado aviso de la existencia del proceso una vez la demanda fue presentada.

3.4.- En contra de la providencia admisorio la Convocada **TGI**, interpuso recurso de reposición que, luego de surtido el traslado de ley a la Convocante y de haberse pronunciado al respecto el Ministerio Público, fue resuelto mediante el

Auto N° 3 del 19 de octubre de 2016 en la que se decidió no reponer el auto impugnado.

3.5.- El 23 de noviembre de 2016, la Convocada dio oportuna contestación a la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, aportó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras. En la misma oportunidad, la Convocada presentó demanda de reconvención en contra de la sociedad **LINDSAYCA**.

3.6.- Mediante Auto No. 4 del 30 de noviembre de 2016 el Tribunal tuvo por contestada en tiempo la demanda arbitral por parte del extremo Convocado, admitió la demanda de reconvención promovida por **TGI** y en consecuencia corrió traslado de este escrito a la parte Convocada en reconvención **LINDSAYCA**.

3.7.- El 5 de enero de 2017, la Convocada en reconvención contestó oportunamente la demanda, formuló excepciones de mérito, aportó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras.

3.8.- Mediante Auto No. 5 del 16 de enero de 2017 el Tribunal corrió traslado común y simultáneo a las partes por el término de ley de las excepciones de mérito formuladas por la Convocada frente a la demanda inicial y de las formuladas por la Convocante respecto de la demanda de reconvención.

Mediante la misma providencia, el Tribunal corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio presentado por la Convocada en el escrito de contestación a la demanda inicial.

3.9.- El 25 de enero de 2017 la parte Convocante presentó escrito mediante el cual se manifestó respecto de las excepciones de mérito propuestas por la parte Convocada y de la objeción al juramento estimatorio.

3.10.- El 26 de enero de 2017 la parte Convocada presentó escrito mediante el cual describió traslado de las excepciones de mérito propuestas por la parte Convocante respecto de la demanda de reconvención, aportó pruebas y solicitó el decreto de otras.

3.11.- La parte Convocada el 2 de febrero de 2017 presentó escrito con el fin de corregir dos (2) errores tipográficos de dos (2) de las pretensiones de la demanda de reconvención. Para tal efecto, aportó una versión integrada de la demanda de reconvención.

3.12.- Luego de que se señalara fecha y hora al efecto, el 6 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, en la cual las partes manifestaron la imposibilidad de llegar a un acuerdo, por lo que mediante Auto No. 7 se fijaron honorarios y gastos, los cuales fueron oportunamente pagados por las partes del proceso.

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

4.1.- El 14 de marzo de 2017 se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal, después de analizar el alcance del pacto arbitral en cuanto a la materia y en cuanto a los sujetos de cara a los asuntos sometidos a arbitraje, mediante Auto No. 8 se declaró competente para conocer y resolver en derecho de las controversias planteadas entre las partes de este proceso, esto es, **LINDSAYCA** como Convocante, y **TGI**, como Convocada, tanto en la demanda inicial como en la demanda de reconvención.

4.2.- En firme el auto mediante el cual se asumió competencia para conocer y decidir el litigio sometido a su conocimiento, procedió el Tribunal a abrir a pruebas el proceso mediante Auto No. 9.

4.3.- La etapa probatoria se desarrolló así:

a.- El día 21 de marzo de 2017 la sociedad Fitch Ratings Ltd., mediante correo electrónico manifestó estar en incapacidad de emitir la certificación solicitada y expuso los motivos de ello, así mismo, el día 4 de abril de 2017 la sociedad Standard & Poor's Ratings Service, manifestó nunca haber expedido ninguna calificación de riesgo del emisor BANCO MERCANTIL COMMERCE BANK N.A.

b.- El día 19 de abril de 2017, el apoderado de la Convocada, presentó escrito mediante el cual entre otras adjuntó Certificación de la calificación histórica del Mercantil CommerceBank y Certificación actual del Mercantil CommerceBank.

c.- El día 19 de abril de 2017 se practicó el testimonio de Jorge Paul Santos, testigo citado a declarar en el presente proceso por solicitud de la parte Convocante y el testigo Jair Zárate Silva, por solicitud de la parte Convocada.

d.- El día 20 de abril de 2017 se practicó el testimonio de Leonel Mauricio Vera Maldonado, testigo citado a declarar en el presente proceso por solicitud de la parte Convocada.

e.- El día 13 de junio de 2017 por solicitud de la parte Convocada, rindió testimonio Clarence Nelson Drake Penichet y el Paulo Ernesto Bacci Trepalacios y el 14 de junio Yady Andrea Peña Torres

f.- El día 21 de junio de 2017 se practicó el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad Convocante, el interrogatorio del perito Pedro Joaquín Rojas y al perito Carlos Espinosa López, quien elaboró el dictamen a nombre de la firma ESTRUCTURAS FINANCIERAS S.A.

g.- El día 10 de julio de 2017 rindió testimonio Erika Uribe Becerra testigo citada a declarar en el presente proceso por solicitud de la parte Convocante, se practicó la exhibición de documentos por parte de la Convocada e igualmente se practicó el interrogatorio a testigo Gabriel Enrique Lascano Mejía.

h.- El día 27 de julio de 2017 se practicó el interrogatorio a la testigo Yudy Norelly Rodríguez Tarazona, quien fue citada a declarar en el presente proceso por solicitud de la parte Convocada.

4.4.- Agotada la instrucción del proceso el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, la cual se celebró el 21 de septiembre de 2017 y en ella las partes y el Ministerio Público expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron la versión escrita de sus intervenciones.

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

La primera audiencia de trámite en este proceso se surtió el día 14 de marzo de 2017, por lo que el término de duración de este proceso, que inicialmente fue de seis (6) meses, debía vencer el 14 de septiembre de 2017. Sin embargo, el proceso estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes entre los siguientes días:

Auto que decretó la suspensión	Suspensión	Total días calendario suspendidos
Auto No. 11 del 20 de abril de 2017	Entre el 21 de abril de 2017 y el 7 de mayo de 2017, ambas fechas inclusive.	17
Auto No. 13 del 8 de mayo de 2017	Entre el 9 de mayo de 2017 y el 12 de junio de 2017, ambas fechas inclusive	35
Auto No. 17 del 21 de junio de 2017	Entre el 22 de junio de 2017 y el 9 de julio de 2017, ambas fechas inclusive	18
Auto No. 18 del 10 de julio de 2017	Entre el 14 de julio de 2017 y el 26 de julio de 2017, ambas fechas inclusive	13
Auto No. 19 del 27 de julio de 2017	Entre el 28 de julio de 2017 y el 19 de septiembre de 2017, ambas fechas inclusive	53
TOTAL		136

Al término de duración del proceso se le deben agregar o adicionar los días en el que el mismo estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, con la limitación prevista en la Ley.

Por lo anterior, al adicionarse al 14 de septiembre de 2017 ciento veinte (120) días calendario, el término de duración del proceso se extiende hasta el **14 de enero de 2018**, motivo por el cual la expedición del Laudo Arbitral hoy veintiuno (21) de noviembre de 2017, es oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL.

Las pretensiones de la parte Convocante fueron formuladas en el libelo en los siguientes términos:

"1.- Sírvanse declarar que entre la empresa LINDSAYCA S.A.S. y la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP –TGI-, se celebró el contrato No. 750758, cuyo objeto es:

CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO. En virtud del presente Contrato, El Propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete, mediante la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer), al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la transferencia a La Empresa, a la terminación del Contrato, de la Estación de Compresión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana - Apiay y la Estación de Compresión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay-Villavicencio-Ocoa, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, así como sus anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo.

Hace parte del objeto de este Contrato el Servicio de Compresión de Gas Natural, que consiste en la disponibilidad permanente para La Empresa de la Capacidad Total instalada de Compresión de las Estaciones denominadas Paratebueno (Cundinamarca) y Villavicencio (Meta) ubicadas sobre los Gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa, respectivamente, previa terminación de la Etapa 1, de conformidad al Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y durante la Etapa 2, de conformidad a lo establecido en el presente CONTRATO.

CLAUSULA TERCERA. ALCANCE DEL OBJETO: El alcance de las labores o actividades que se realizarán con ocasión del objeto a contratar se describe en el presente Contrato y en el Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y Anexo No.3 Piping Classy Vendor List, que hacen parte integral del presente Contrato. PARAGRAFO 1: El Propietario deberá cumplir con las condiciones y especificaciones contenidas en su oferta de fecha 27 de julio de 2015 y su oferta mejorada del 08 de septiembre de 2015, en los términos aceptados por La Empresa y en el documento de Solicitud Publica de Ofertas SPLO-GPR-3332-2015 elaborado por la misma.

2.- Sírvase declarar que la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP – TGI – dio por terminado el contrato No. 750758 sin justa causa contractual.

3.- Sírvase declarar que Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP – TGI – es responsable contractualmente de los daños y perjuicios ocasionados a LINDSAYCA S.A.S. como consecuencia de la terminación injustificada del contrato objeto de esta controversia.

4.- *Sírvase condenar a la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP – TGI – a pagar a favor de LINDSAYCA S.A.S. por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados como consecuencia de la terminación del contrato, los cuales se estiman de la siguiente manera:*

4.1.- *Lucro cesante a título de ganancia frustrada: CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 14.437.633).*

4.2.- *Daño emergente: La suma de QUINIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES CON NOVENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 510.753.90).*

4.3.- *A título de lesión al buen nombre o good will: La suma que arbitro iuris estime conveniente el tribunal por la lesión del buen nombre o good will de LINDSAYCA S.A.S. como consecuencia de la terminación del contrato sin justa causa y su sometimiento al escarnio público.*

5.- *Condene en agencias en derecho y gastos procesales a Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP – TGI –”.*

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA INICIAL.

Los hechos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- TGI abrió un proceso de selección llamado “Solicitud Pública de Ofertas SPLO-GPR-3332-2015 del 27 de mayo de 2015”, con el fin de aumentar la capacidad de transporte para atender la demanda actual y futura, de conformidad con las solicitudes allegadas a la empresa.

2.2.- La sociedad **LINDSAYCA** presentó su oferta bajo la figura de promesa de contrato de sociedad futura en los términos del artículo 119 del Código de Comercio Colombiano, el día 27 de julio de 2015, encontrándose dentro del término establecido para tal fin.

2.3.- TGI- y **LINDSAYCA** suscribieron el contrato el día 3 de diciembre de 2015, cuyo objeto aparece descrito en la cláusula segunda de dicho negocio jurídico, así:

“CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO. En virtud del presente Contrato, El Propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete, mediante la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer), al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la transferencia a La Empresa, a la terminación del Contrato, de la Estación de Compresión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana - Apiay y la Estación de Compresión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay-

Villavicencio-Ocoa, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, así como sus anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo.

Hace parte del objeto de este Contrato el Servicio de Compresión de Gas Natural, que consiste en la disponibilidad permanente para La Empresa de la Capacidad Total instalada de Compresión de las Estaciones denominadas Paratebueno (Cundinamarca) y Villavicencio (Meta) ubicadas sobre los Gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa, respectivamente, previa terminación de la Etapa 1, de conformidad al Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y durante la Etapa 2, de conformidad a lo establecido en el presente CONTRATO.

CLAUSULA TERCERA. ALCANCE DEL OBJETO: El alcance de las labores o actividades que se realizarán con ocasión del objeto a contratar se describe en el presente Contrato y en el Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y Anexo No.3 Piping Classy Vendor List, que hacen parte integral del presente Contrato. PARAGRAFO 1: El Propietario deberá cumplir con las condiciones y especificaciones contenidas en su oferta de fecha 27 de julio de 2015 y su oferta mejorada del 08 de septiembre de 2015, en los términos aceptados por La Empresa y en el documento de Solicitud Publica de Ofertas SPLO-GPR-3332-2015 elaborado por la misma”.

2.4.- La Cláusula Trigésima Cuarta del contrato, dispuso respecto de las garantías lo siguiente:

“GARANTÍAS Y SEGUROS DEL CONTRATO. El Propietario se obliga a constituir a su costa y a favor de La Empresa, por medio de una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia o Banco Aceptable Internacional o Banco Aceptable Nacional, las garantías exigidas en este documento, en los términos que se refieren a continuación:

a. Las garantías podrán consistir en 1. Póliza de seguros, 2. Fiducia Mercantil en Garantía o 3. Garantía Bancaria, expedidas por la entidad o compañía correspondiente, que esté legalmente autorizada para funcionar en Colombia.

b. Como requisito para la ejecución del Contrato, en adición a su firma, El Propietario deberá constituir a su costa y a favor de La Empresa y entregar a esta para su aprobación, las siguientes garantías para responder por el cumplimiento de las obligaciones surgidas de dicho Contrato.

Para la Etapa 1 DISEÑO, PROCURA, CONSTRUCCIÓN Y PRUEBAS. CUMPLIMIENTO: En cuantía por una suma de DIEZ MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS (USD 10.000.000), con una vigencia equivalente al tiempo de ejecución de la Etapa 1 y tres (3) meses más, hasta que sea aceptada la garantía de cumplimiento para la Etapa 2. La no presentación de la garantía de cumplimiento para la Etapa 1, será considerada como causal de incumplimiento en la ejecución del Contrato”.

2.5.- Indicó la Convocante en su demanda que acudió a diferentes aseguradoras existentes en el país para dar cumplimiento a la presentación de la póliza en los términos consagrados en el contrato y que todas ellas le negaron su expedición por la imposibilidad de amparar la segunda fase sin que terminara la cobertura de la primera, es decir, los tres (3) meses de más hasta que sea aceptada la garantía de la Etapa 2.

2.6.- Consecuencia de lo anterior, manifestó **LINDSAYCA** que solicitó a **TGI** que se pronunciara por escrito acerca de la autonomía del contratista para contratar la póliza y la inclusión de la cláusula de divisibilidad, toda vez que las aseguradoras exigían (i) la modificación del contrato a través de un otrosí para la inclusión de la cláusula de divisibilidad; (ii) Un comunicado de **TGI** que aceptara esta disposición de manera expresa.

2.7.- Según la parte Convocante, Seguros del Estado, para resolver las inquietudes presentadas por **LINDSAYCA**, presentó ante **TGI** un derecho de petición tendiente a que, con fundamento en la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 1082 de 2015, que regulan la cláusula de divisibilidad, fuera ésta incluida en el contrato escrito radicado el 14 de diciembre de 2015.

2.8.- **TGI** dio respuesta a **LINDSAYCA** y a Seguros del Estado, mediante comunicación No. 009413 del 16 de diciembre de 2015, recibida el 22 de diciembre de 2015, documento con base en el cual se acordó la expedición de la póliza de fiel cumplimiento.

2.9.- Asegura **LINDSAYCA** que remitió el formato digital de la póliza de fiel cumplimiento, salarios y prestaciones sociales, junto con la póliza de responsabilidad civil extracontractual y todo riesgo, construcción y montaje, el 30 de diciembre de 2015 y posteriormente que solicitó a **TGI** la respuesta acerca de la aprobación de las pólizas el día 5 de enero de 2016.

2.10.- **TGI** dio respuesta a la póliza de fiel cumplimiento rechazando parcialmente las notas hechas por Seguros del Estado, sugiriendo nuevas notas, las cuales fueron trasladadas de inmediato a Seguros del Estado el día 8 de enero de 2016.

2.11.- Con el fin de acordar el contenido de la Póliza para aprobación tanto por **TGI** como por Seguros del Estado, manifestó la Convocante que se realizaron reuniones, y varios ajustes al texto de las garantías, el cual fue aprobado por la Convocada pero posteriormente tuvo desaprobación.

2.12.- Según la Convocante, el 28 de enero de 2016, la **TGI** remitió un comunicado No. 000756 en el que manifestó que **LINDSAYCA** había incumplido la obligación de entregar las garantías dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato.

2.13.- Manifestó **LINDSAYCA**, que el 1º de febrero de 2016 remitió la póliza de todo riesgo, construcción y montaje para su aprobación final.

2.14.- Indicó **LINDSAYCA** en su demanda que dio respuesta a la comunicación No. 000756 del 28 de enero de 2016, declarando que los argumentos riñen con la realidad y con la buena fe y lealtad contractual de **LINDSAYCA**, porque **TGI** ha hecho parte de todo el proceso de expedición de las pólizas.

2.15.- El 3 de febrero de 2016, según la Convocante, **TGI** remitió comunicación mediante el cual insistió en que **LINDSAYCA** se negó a entregar las pólizas de seguros, desconociendo el trámite conjunto que se ha surtido.

2.16.- Manifiesta la Convocante que no obstante lo anterior, la **TGI** dio por terminado el contrato de manera unilateral, con el argumento de que **LINDSAYCA** “se ha negado a dar cumplimiento a la entrega de garantías en los términos establecidos en el Contrato, lo que constituye un incumplimiento grave del mismo”.

2.17.- En la cláusula Quincuagésima Sexta del contrato, se estipularon los mecanismos alternativos de resolución de controversias así:

“Las Partes acuerdan que en el evento en que surjan diferencias entre ellas, por razón o con ocasión del presente Contrato, buscarán en primera medida mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa o la conciliación. Para ese efecto, las partes dispondrán de un término de treinta (30) días calendario por cada uno de los mecanismos anteriormente enunciados, contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud en tal sentido. Dicho término podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo”.

2.18.- Manifestó la Convocante, que de la cláusula transcrita se desprende que **TGI** incumplió el contrato redactado por ella misma porque no agotó la etapa de arreglo directo, ni la conciliación, arrogándose la facultad de terminar el contrato sin tener competencia para ello, y además, no haber agotado los dos mecanismos pactados.

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte Convocada **TGI** presentó oportunamente su contestación de demanda y formuló las excepciones de mérito que a continuación se sintetizan:

3.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS.

3.1.1.- JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO. TERMINACIÓN AJUSTADA A LOS TÉRMINOS CONVENIDOS. CULPA EXCLUSIVA DE LINDSAYCA.

Aduce la Convocada en este primer reparo a las pretensiones que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y en los términos de la cláusula 36 del contrato, las partes convinieron que **TGI** podría terminarlo cuando se presentara ciertos eventos, dentro de los cuales se consideró el incumplimiento de las obligaciones a cargo de **LINDSAYCA** y la negativa de otorgar las garantías

exigidas en el contrato, acuerdo que según la Convocada fue de aceptación unánime.

Recuerda en este punto **TGI**-, que el contrato se encuentra sometido al régimen de derecho privado y por ende su cláusula 36, la cual además es acorde con la legislación aplicable a los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos, como ésta, independientemente de si son Estatales o no, es el del derecho privado por disposición del artículo 20 de la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior, considera la Convocada que es incuestionable que el pacto donde se faculta a las partes para dar por concluido el Contrato resulta ajustado al ordenamiento legal, y no se requiere norma legal expresa que faculte a una de las partes para darlo por terminado.

Luego de traer a colación los elementos configurativos del incumplimiento y su desarrollo legal y jurisprudencial, manifiesta la Convocada que lo presentado respecto del contrato suscrito entre **TGI** y **LINDSAYCA**, fue el incumplimiento por parte de la contratista.

Respecto de las garantías, considera que no existía la posibilidad como lo pretendía la Convocante, de obtener algún tipo de divisibilidad toda vez que ella se encontraba pactada y, que tampoco podría sustraerse de su obligación de entrega antes del vencimiento de la Etapa 1, de la garantía que amparará el cumplimiento de las obligaciones de la Etapa 2, por tratarse según la Convocada, de dos obligaciones diferentes y por lo tanto amparos distintos.

Concluye **TGI** respecto de esta excepción, que la ausencia de las condiciones y garantías pactadas que apuntan a proteger el patrimonio público, constituye sin lugar a dudas un incumplimiento sustancial, máxime si se tiene en cuenta la cuantía y objeto del negocio jurídico, lo cual constituiría una trasgresión de suma relevancia desamparar el patrimonio público.

3.1.2.- POR NO HABER INCUMPLIDO TGI NO HAY OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR.

Una vez la Convocada relacionó los requisitos para la existencia de la obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil, manifiesta que no ha existido incumplimiento alguno por parte de **TGI**, pues el uso de la facultad de dar por terminado el contrato con base en el incumplimiento de **LINDSAYCA**, se ajusta a las prescripciones contractuales, que son ley para las partes de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil.

Por consiguiente, reiteró que al no existir incumplimiento por parte de la Contratante, no se originó ni tipificó obligación alguna de indemnizar a la Convocante.

3.1.3.- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. LOS PERJUICIOS SE ADEUDAN DESDE QUE EL DEUDOR INCURRIÓ EN MORA. DADO QUE LINDSAYCA NO CUMPLIÓ EN LA FORMA Y TIEMPO DEBIDOS, TGI NO SE

ENCUENTRA EN MORA DE CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES Y, POR TANTO, NO HAY DERECHO A RECLAMAR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

Una vez relacionado el sustento legal de la excepción, manifestó la Convocada que dado que **LINDSAYCA** debía cumplir con su obligación de entregar la Póliza de Cumplimiento en el término de cinco (5) días siguientes a la fecha de firma del contrato, y en caso extremo, en el término de diez (10) días de gracia concedido por **TGI** mediante comunicación escrita, es evidente que la Convocante incumplió el contrato, lo cual hace imposible que la hoy Convocada se encuentre en mora en su obligación de permanecer atado bajo dicho vínculo negocial y darle vía libre a su ejecución.

En otras palabras manifestó, que no estando en mora en los términos del artículo 1609 del Código Civil, tampoco puede imputársele a **TGI** conducta culposa que le obligue a resarcir a **LINDSAYCA** con el monto de la utilidad perseguida, que constituye el valor de los perjuicios reclamados.

3.1.4.- INEXISTENCIA DEL DAÑO RECLAMADO POR LINDSAYCA.

Al respecto, la Convocada presenta -en primer- lugar un análisis de los valores de la oferta y su versión mejorada, y afirma que bajo el marco legal anunciado los perjuicios reclamados no pueden ser reconocidos por el Tribunal como quiera que, de encontrarse que **TGI** incumplió el Contrato, no corresponde al monto previsible, como lo explica igualmente.

Luego de ese análisis realizado por la Convocada, afirma que no existe el daño reclamado que **LINDSAYCA** ha fundamentado en los cálculos realizados por el perito Pedro Rojas Gutierrez en el dictamen pericial del 12 de abril de 2016 que la Convocante allegó como prueba del daño.

Para los efectos anteriores, **TGI** manifiesta que con observancia en lo previsto en el artículo 228 del Código General del Proceso, además de pedir la comparecencia del perito Rojas a efectos de surtir la contradicción del dictamen, se solicitó la elaboración de uno diferente con el fin de demostrar los elementales y protuberantes errores en que incurrió el perito de **LINDSAYCA**, el cual fue elaborado por Estructuras Financieras S.A.S. Con independencia de la objeción por error grave que se formuló contra el dictamen de **LINDSAYCA**, se establecerá con el concepto financiero como la Convocante con el fin de inflar artificialmente unas supuestas unidades, parte de un ingreso anualizado, pero en su beneficio descuenta tan solo el valor de los costos y gastos de un (1) mes, distorcionando los resultados.

Finalmente, aduce la Convocada que *“como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, la acción resarcitoria no puede ser fuente de enriquecimiento”*. Manifiesta que ella solo apunta a reparar los daños causados en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, entendido por aquel perjuicio que proviene de no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, y por este la ganancia o provecho dejada de percibir.

4.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

TGI formuló sus pretensiones en la demanda de reconvencción en los siguientes términos:

“Primera: Que se declare que Lindsayca S.A.S. incumplió el contrato suscrito entre Lindsayca S.A.S. y Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. el 3 de Diciembre de 2015 bajo la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer) distinguido con el No. 750758.

Segunda: Que se declare que la terminación del contrato suscrito entre Lindsayca S.A.S. y Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. el 3 de Diciembre de 2015 bajo la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer) distinguido con el No. 750758 fue realizada por TGI el 9 de Febrero de 2016 de acuerdo con lo estipulado en dicho Contrato.

Tercera: Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo que ponga fin a este Arbitraje, la totalidad de los perjuicios derivados de su incumplimiento, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con la valoración efectuada en el Capítulo VI. Juramento Estimatorio, y, en subsidio, en el monto que determine el Tribunal, debidamente ajustados de conformidad con la corrección monetaria.

Cuarta: Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, liquidados sobre el monto de los perjuicios a que se refiere la Pretensión Tercera precedente, a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la fecha en que se dio por terminado el Contrato y hasta cuando el pago se realice, y en subsidio, desde la fecha de presentación de esta Convocatoria y hasta cuando el pago se realice, y en subsidio de lo anterior, desde la fecha en que quede ejecutoriado el laudo arbitral, de conformidad con la liquidación que realice el Tribunal.

Quinta: Que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. – Ecopetrol impusiere, durante la duración del presente Tribunal Arbitral, multa o penalidad alguna a cargo de Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. por no poner a su disposición la ampliación de la capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana–Apiay y Apiay–Villavicencio–Ocoa, se declare que Lindsayca S.A.S. está obligada a atender y/o a reembolsar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. el monto total de las multas impuestas a, y/o pagadas por, Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P.

Sexta: Que con relación a las sumas pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. a que se refiere la Pretensión Quinta precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., dentro de los cinco (5) siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo el monto total de las multas pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P.,

debidamente actualizado de acuerdo con la corrección monetaria, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. hizo el desembolso a favor de Ecopetrol y hasta cuando el pago se realice.

Séptima: *Que con relación a las multas impuestas pero no pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. a que se refiere la Pretensión Quinta precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagarle a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., dentro de los cinco (5) siguientes a la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. realice el pago, el monto correspondiente a las mismas, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la expiración del plazo fijado y hasta cuando el pago se realice.*

Octava: *Que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. – Ecopetrol impusiere, con posterioridad a la duración del presente Tribunal Arbitral, multa o penalidad alguna a cargo de Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. por no poner a su disposición la ampliación de la capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana–Apiay y Apiay–Villavicencio–Ocoa en los términos y en el plazo allí previstos, se declare que Lindsayca S.A.S. está obligada a atender y/o a reembolsar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. el monto total de las multas impuestas a, y/o pagadas por, Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P.*

Novena: *Que con relación a las sumas a que se refiere la Pretensión Octava precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., dentro de los cinco (5) siguientes a la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., realice el pago, el monto correspondiente a las mismas, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la expiración del plazo fijado y hasta cuando el pago se realice.*

Décima: *Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo que ponga fin a este proceso arbitral, las costas, costos y honorarios del Tribunal Arbitral y agencias en derecho”.*

5.- HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Los hechos de la demanda de reconvención, en síntesis son los siguientes:

5.1.- La Etapa Precontractual.

5.1.1.- La parte Convocante en reconvención, en el relato de los hechos relacionó detalladamente cada una de las condiciones bajo las cuales realizó la invitación a contratar en la modalidad BOMT (*Build, Operate, Maintain & Transfer*), para llevar a cabo el diseño, instalación, construcción, montaje, procura, práctica de pruebas,

operación, mantenimiento y transferencia a **TGI**, de las estaciones de compresión de gas de Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cuisiana – Apiay, y de Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay – Villavicencio – Ocoa, invitación en la cual se advirtió que las actividades se desarrollarían en dos (2) etapas.

5.1.2.- Según **TGI**, la duración de la Etapa 1, no podía sobrepasar el 31 de Diciembre de 2016, término durante el cual, debía completarse la construcción de las estaciones de compresión de gas de Paratebueno (Cundinamarca) y de Villavicencio (Meta) y durante la Etapa 2, debían operarse y mantenerse las Estaciones de Compresión por un plazo de 20 años. A la finalización debían restituirse a **TGI**.

5.1.3.- Manifestó la Convocante en reconvención que respecto de las garantías se identificaron las Entidades con las cuales se podrían constituir, el tipo de garantía y los riesgos que debería amparar entre otras condiciones si se tratara de una garantía bancaria o *stand by*.

5.1.4.- Al respecto también aseguró que se exigió que el beneficiario debía entregar dos (2) garantías de cumplimiento: una, para asegurar las obligaciones de la Etapa 1 y, otra, distinta, para asegurar el cumplimiento de los compromisos de la Etapa 2. La primera por USD 10 millones y la segunda por USD 5 millones y que en tales términos, desde la Invitación a Contratar, quedó consignada la divisibilidad de las garantías, tal y como se explica más adelante

5.1.5.- Respecto de la oferta de **LINDSAYCA**, manifestó que se comprometían a *“constituir y presentar oportunamente a LA EMPRESA las garantías exigidas en la solicitud de ofertas”*, y, de otro, a *“realizar dentro del plazo que fije LA EMPRESA, todos los trámites necesarios para la firma y legalización del CONTRATO”*.

5.1.6.- Aseguró **TGI**, que tal y como fue anunciado en la invitación a contratar, se ofreció un amplio espacio para absolver las dudas que pudieran tener los interesados, a las cuales se les dio respuesta en tres (3) documentos, cuyas aclaraciones según la Convocante en reconvención, confirma que, desde la invitación a contratar, era absolutamente claro que una de las obligaciones que adquiriría el adjudicatario de la licitación era obtener, durante la Etapa 1, la póliza de cumplimiento de la Etapa 2 y dicha obligación de hacer, a cargo del adjudicatario, debería estar amparada con la póliza otorgada para la Etapa 1, que únicamente dejaría de tener efecto cuando se obtuviera y se entregara la de cumplimiento que garantizara las obligaciones de **LINDSAYCA** bajo la Etapa 2.

5.2.- El Contrato y sus garantías.

5.2.1.- Respecto del contrato y sus garantías, manifestó **TGI** que el 21 de Octubre de 2015, mediante la comunicación 007435, **TGI** le informó a **LINDSAYCA** que había sido favorecida con la adjudicación del contrato, bajo los términos de la Oferta Inicial y de la Oferta Mejorada, y que en varias oportunidades ésta presentó nuevas peticiones de ajustes a la minuta de contrato, sin que ellos se refirieran a la cláusula de pólizas y garantías. Finalmente, el 3 de Diciembre de 2015, fue

firmado el Contrato, donde se recogieron las cláusulas de garantías anunciadas en los términos descritos en la Invitación a Contratar y en los previstos en la Minuta indicativa, apartes que, por demás, nunca fueron objeto de censura por parte de **LINDSAYCA** en sus comunicaciones.

5.2.2.- TGI manifestó respecto de las garantías previstas en el Contrato que para la Etapa 1, debía suministrar tres (3) pólizas –adicionales a la de responsabilidad civil extracontractual que era común para las dos Etapas–, así:

- “a.- De cumplimiento por USD 10 millones;*
- b.- De pago de salarios y prestaciones sociales; y*
- c.- De todo riesgo, construcción y montaje”.*

Y que para la Etapa 2, debía entregar las pólizas de:

- “a- Cumplimiento en cuantía de USD 5 millones;*
- b.- Pago de salarios y prestaciones sociales;*
- c.- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y*
- d.- Todo riesgo daños materiales combinados”.*

5.2.3.- Manifestó la Convocante en reconvención que, en suma, **LINDSAYCA** adquirió dos (2) obligaciones diferentes en función de las etapas del contrato y, por tanto, debía otorgar dos (2) amparos distintos:

- “a.- El primero, para garantizar las obligaciones correspondientes a la Etapa 1, que incluían naturalmente, la clara **obligación de hacer** de Lindsayca, incorporada en el Contrato y prevista en el ordenamiento jurídico, **consistente en obtener y entregar, antes del vencimiento de la Etapa 1, una póliza de cumplimiento** de la siguiente fase, con independencia de quien fuera el garante y cuál la modalidad elegida por Lindsayca; y*
- b.- El segundo, consistía en garantizar las obligaciones de la Etapa 2, **por períodos de tres (3) años”.***

5.2.4.- Según la Convocante en reconvención, de acuerdo con lo establecido en la en la cláusula 62, **LINDSAYCA** debería “cumplir con los requisitos necesarios para comenzar a ejecutar el Contrato dentro de los (5) días hábiles siguientes a su firma”, entre ellos, naturalmente, atender la obligación de constituir y entregar “las garantías exigidas en el presente Contrato.”

5.2.5.- Igualmente afirmó que respecto de la Etapa 2, **LINDSAYCA** asumió la obligación de asegurar su cumplimiento con otra garantía, en una cuantía de USD 5.000.000. Dicha garantía, en atención a lo previsto en la ley, debía otorgarse antes del vencimiento de la Etapa 1, acordando que de esta manera las Etapas 1

y 2 podían garantizarse de manera independiente, e inclusive la última por períodos trianuales, en el entendido que la TGI debía contar con la póliza de cumplimiento para amparar la Etapa 2 antes de que finalizara la Etapa 1, y a su turno, contar durante la segunda, con una póliza antes del vencimiento del plazo de 3 años.

5.3.- El Incumplimiento del Contrato.

5.3.1.- De acuerdo con lo afirmado por la Convocante en reconvención, las partes acordaron, de un lado, que la garantía de cumplimiento para la primera etapa debía presentarse en el término de “cinco (5) días hábiles siguientes” a la firma del contrato (cláusula 62) y de otro, que la no presentación de dicha garantía sería considerada “como causal de incumplimiento en la ejecución del Contrato.”

5.3.2.- Como consecuencia de lo anterior, TGI aseguró que LINDSAYCA incumplió los términos y condiciones fijados en el Contrato para la entrega de las garantías, particularmente respecto de la póliza de cumplimiento, pues no lo hizo ni en los plazos pactados, ni atendiendo los requisitos fijados.

5.4.- Los perjuicios causados.

Con el fin de dar claridad al origen de los perjuicios presuntamente causados por LINDSAYCA, TGI en los hechos relató:

“113. TGI suscribió con (i) Ecopetrol; (ii) Madigas Ingenieros S.A. – E.S.P. (“Madigas”); (iii) Gases del Llano S.A.S. – E.S.P. (“Llanogas”); y (iv) con GNI Gas Natural Industrial de Colombia S.A.S. – E.S.P. (“GNI”) (colectivamente los “Contratistas”), diversos contratos, en virtud de los cuales, se comprometió a ampliar la capacidad de transporte de gas, compromiso que, naturalmente, dependía de la construcción y puesta en operación las referidas Estaciones de Compresión de Paratebuena y de Villavicencio.

Dichos contratos contemplan un cargo fijo por día de disponibilidad del servicio.

114. El contrato suscrito con Ecopetrol representa alrededor del 80% de la capacidad ampliada de transporte de gas.

115. A su turno, y para obviar los inconvenientes para alcanzar la viabilidad financiera del proyecto, Ecopetrol se comprometió a pagar un canon de costos fijos por anticipado durante la fase de construcción, y como contraprestación, TGI se comprometió a tener la disponibilidad de la capacidad contratada el 18 de diciembre de 2017, fecha a partir de la cual Ecopetrol podrá imponer multas a TGI en caso de no tener disponible la capacidad contratada”.

5.4.1.- En este sentido manifestó TGI en su demanda, que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de LINDSAYCA, se pueden sintetizar en la utilidad dejada de percibir, proveniente de los ingresos proyectados hasta Diciembre 18 de 2017 (Col\$23.000 millones, aproximadamente) menos los gastos

asociados a la obtención de dichos recursos (Col\$7.423 millones, aproximadamente), para una utilidad aproximada dejada de percibir de Col\$16.300 millones.

5.4.2.- En igual sentido afirmó que en el evento en que la construcción de las estaciones de compresión llegare a culminar con posterioridad al 18 de Diciembre de 2017, a pesar de las gestiones que, para evitar cualquier multa ha venido adelantando TGI desde el momento mismo en que ocurrió la terminación del contrato, los perjuicios ocasionados, se extienden, de un lado, a las penalidades que llegue a imponer Ecopetrol a razón de Col\$ 640 millones (suma aproximada) diarios y, de otro, a la utilidad dejada de percibir por la ausencia de los ingresos provenientes de los Contratos de Transporte hasta cuando se remedie en su totalidad la construcción y puesta en funcionamiento de las Estaciones de Compresión.

6.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

La parte Convocada en reconvención **LINDSAYCA**, presentó oportunamente su contestación de demanda y formuló las excepciones de mérito a continuación se sintetizan:

6.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS.

6.1.1- COBRO DE LO NO DEBIDO.

Una vez relacionado el sustento legalmente de la excepción, manifestó la Convocada en reconvención, que está llamada a prosperar la excepción toda vez que no hubo incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de **LINDSAYCA**, quien asegura no se negó a cumplir con sus obligaciones, y que por el contrario, se allanó a cumplir con las mismas adelantando todos los trámites necesarios para la adquisición de la garantía exigida y poniendo a disposición de Entidad, en un banco de clasificación “1-A”, cerca de USD 15.000.000 para garantizar las obligaciones contractuales.

En el mismo sentido aseguró que fue **TGI** quien dio por terminado el contrato de manera apresurada, sin competencia y sin que se configurara la condición para declarar el incumplimiento por parte de **LINDSAYCA**, esto es, se negara a constituir las garantías.

6.1.2.- FALTA O AUSENCIA DE NEXO JURÍDICO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS OBLIGACIONES QUE PRETENDE COBRAR TGI POR SU RELACIÓN DE ECOPETROL Y LINDSAYCA S.A.S.

Consideró la Convocada en reconvención estar llamada a prosperar esta excepción, debido a que entre la sociedad Ecopetrol y **LINDSAYCA** no existe ninguna relación jurídica, ni entre **LINDSAYCA** y terceros contratistas de **TGI**.

Se aduce igualmente que estas relaciones no fueron puestas en conocimiento de **LINDSAYCA** por parte de **TGI**, violando el principio de lealtad y buena fe contractual, porque sólo hasta ahora las presentó.

6.1.3.- CULPA DEL CONTRATANTE Y AUSENCIA DE CULPA DEL CONTRATISTA.

Una vez relacionado el referente legal respecto de esta excepción, manifestó **LINDSAYCA** que fue **TGI** quien determinó que se garantizara el cumplimiento de la obligación de la primera etapa con una extensión de tres (3) meses más de la Etapa 2, garantía inexistente en el mercado Colombiano, lo cual asegura vulnera el principio de planeación.

Por lo anterior, consideró la Convocada en reconvención mediante esta excepción que la Convocante no puede alegar a su favor su propia culpa para dar por terminado el contrato, argumentando que el contratista se negó a cumplir con tal obligación, por el contrario, considera que quedó en evidencia la ausencia de culpa de **LINDSAYCA** en el cumplimiento de sus obligaciones al haber sido prudente y diligente en la ejecución del contrato.

Al respecto finalizó su manifestación, asegurando que **LINDSAYCA** buscó satisfacer la obligación de garantizar la Etapa 1 con extensión de 3 meses de la Etapa 2, sin que la Convocante aceptara las recomendaciones de la aseguradora Seguros del Estado.

6.1.4.- FALTA DE COMPETENCIA DE TGI PARA TERMINAR EL CONTRATO, INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA E INCUMPLIMIENTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

La Convocada en reconvención, para fundamentar esta excepción afirmó que la facultad de las Entidades Públicas para declarar la terminación del contrato devienen de la ley, no del convenio entre las partes, toda vez que por mandato del artículo 16 del Código Civil no se pueden modificar las leyes y no existe norma que faculte a **TGI** a dar por terminado el contrato, por lo tanto ha debido acudir ante el juez del contrato, esto es, ante el Tribunal de Arbitramento para que declarara la terminación por incumplimiento.

6.1.5.- INDIVISIBILIDAD DE LA GARANTÍA EXIGIDA POR TGI EN LA CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA DEL CONTRATO.

Consideró la Convocante **LINDSAYCA** que **TGI** dispuso que se debía garantizar el cumplimiento del contrato en la Etapa 1 con una extensión de tres (3) meses de la Etapa 2. Además manifestó que el Decreto 1082 de 2015 exige que la póliza sea única.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1.- LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el Proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

En efecto:

- a.- Las partes son personas jurídicas legalmente constituidas y debidamente representadas.
- b.- Las partes actuaron por conducto de apoderados debidamente constituidos.
- c.- El Tribunal constató que fue integrado e instalado en debida forma y que las controversias planteadas se referían asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter al arbitraje y las Partes tenían capacidad para ello.
- d.- Las demandas, tanto la inicial como la reconvención, reúnen los requisitos de ley, lo cual quedó definido desde la etapa introductoria del proceso.
- e.- El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.
- f.- No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación.
- g.- Adicionalmente, al tenor de lo previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso,¹ se efectuó el control de legalidad sin que hubiera habido objeción de las Partes.

Vistas así las cosas, encuentra el Tribunal que los denominados presupuestos procesales (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al juicio, demanda en forma y competencia) están reunidos a satisfacción y si a ello se añade que a las partes se le respetó el pleno ejercicio del derecho al debido proceso sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, las condiciones para emitir un pronunciamiento de fondo hacen presencia en este arbitraje.

¹ “Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.”

2.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL.

Con base en las consideraciones que anteceden, y con fin de dar cumplimiento al principio de congruencia que debe tener toda sentencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 281 del Código General del Proceso, el Tribunal resolverá, a continuación, las pretensiones formuladas por las partes, así como las excepciones propuestas por ellas en sus correspondientes escritos de contestación, para lo cual tendrá en cuenta lo demostrado en el proceso por las partes.

2.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1.1.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.

En el presente trámite se ha constatado la existencia de un contrato, tal y como obra mediante prueba documental allegada al proceso², aún más decir que su validez no fue repudiada por ninguna de las partes.

En consecuencia fluye sin hesitación alguna la concreción de voluntad plasmada en el Contrato No. 750758 celebrado entre TGI y LINDSAYCA, cuyo objeto fue descrito en los siguientes términos:

“OBJETO. En virtud del presente Contrato, El Propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete, mediante la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer), al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la transferencia a La Empresa, a la terminación del Contrato, de la Estación de Compresión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana - Apiay y la Estación de Compresión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay-Villavicencio-Ocoa, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, así como sus anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo. Hace parte del objeto de este Contrato el Servicio de Compresión de Gas Natural, que consiste en la disponibilidad permanente para La Empresa de la Capacidad Total instalada de Compresión de las Estaciones denominadas Paratebueno (Cundinamarca) y Villavicencio (Meta) ubicadas sobre los Gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio- Ocoa, respectivamente, previa terminación de la Etapa 1, de conformidad al Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y durante la Etapa 2, de conformidad a lo establecido en el presente CONTRATO.”

Así las cosas, por lo antes anotado, esta pretensión de la demanda será cobijada favorablemente por el Tribunal Arbitral.

² Cuaderno de pruebas 1.

2.1.2.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

El núcleo de la controversia sometida a este Tribunal gira alrededor de la “garantía de cumplimiento” que debía entregar **LINDSAYCA** a favor de **TGI**, como requisito para el inicio de la ejecución del contrato. Las vicisitudes ocurridas con ocasión del otorgamiento de tal garantía fueron determinantes para la terminación unilateral del contrato por parte de **TGI**, y así mismo, alrededor de tal terminación giran las principales pretensiones de la demanda de **LINDSAYCA** y las excepciones interpuestas contra ellas por **TGI** en su escrito de contestación.

En efecto, la pretensión segunda de la demanda le solicita Tribunal que declare que **TGI** “dio por terminado el contrato 750758 sin justa causa contractual”, por cuanto el comportamiento de **LINDSAYCA** sobre la entrega de la garantía de cumplimiento no facultaba a su contraparte para proceder del modo en que lo hizo, a la vez que la pretensión tercera, consecuente con la anterior, le solicita al Tribunal que declare la responsabilidad contractual de **TGI** por los daños y perjuicios causados a causa de tal terminación unilateral sin justa causa.

De su lado, las excepciones a la demanda proponen que hubo “justa causa” de **TGI** para dar por terminado el contrato, por cuanto se procedió así en virtud de los términos convenidos, ante la “culpa exclusiva” de **LINDSAYCA** (primera excepción), y que en consecuencia, ante el incumplimiento del contrato por **LINDSAYCA** por no entregar la garantía de cumplimiento en los términos pactados, no se genera responsabilidad contractual ni obligación de indemnizar por parte de **TGI** (excepciones segunda y tercera).

Así las cosas, para resolver la controversia, el Tribunal analizará en primer término las estipulaciones contractuales sobre la garantía de cumplimiento y su régimen jurídico; luego pondrá su foco en el comportamiento contractual de las partes a ese respecto y con posterioridad se referirá a sus alegaciones jurídicas. A partir de tales elementos podrá concluir si en esta materia procede la declaratoria de prosperidad de las excepciones o de las pretensiones.

A. LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES SOBRE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

Para una cabal comprensión del sentido, alcance y régimen de las garantías establecidas en el contrato, cabe tener en cuenta que se trataba de un acuerdo de voluntades con dos etapas diferenciadas, cuya plena ejecución se habría extendido por más de veinte años. La primera etapa abarcaba, en términos generales, el diseño, construcción, montaje y puesta en funcionamiento de dos estaciones de compresión de gas por parte de **LINDSAYCA**, una en Paratebueno (Cundinamarca) y la otra Villavicencio (Meta), mientras la segunda abarcaba, también en términos generales, la operación y mantenimiento de tales estaciones por veinte años y su posterior transferencia a **TGI**.³

³ Texto del contrato, cuaderno de pruebas 1, folios 2 y siguientes.

Se había previsto que la Etapa 1 del contrato iniciara en la fecha en la cual **TGI** impartiera la orden de inicio y finalizara con la suscripción del acta de terminación respectiva, lo cual se esperaba que ocurriera a más tardar el 15 de febrero de 2017. La Etapa 2, por su parte, habría iniciado al día siguiente a la fecha de suscripción del acta de terminación de la Primera Etapa y se habría extendido por veinte años.

Para que **TGI** impartiera la orden de inicio, tal como se desprende de la cláusula 62 del contrato, se requería, además de la firma del mismo por las partes (ocurrida el 3 de diciembre de 2015) y de la designación del interventor, “[l]a constitución de las garantías exigidas en el presente Contrato por parte de El Propietario y su aprobación por parte de La Empresa”. Esa misma cláusula establecía que **LINDSAYCA** debería “cumplir con los requisitos necesarios para comenzar a ejecutar el Contrato dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su firma”. Tal obligación, de otorgamiento de las garantías como requisito para el inicio de la ejecución del contrato, aparece reiterada en la cláusula 34.b.

En armonía con estas disposiciones, la cláusula 36, sobre terminación anticipada del contrato, establecía que **TGI** podía darlo por terminado, en general, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de **LINDSAYCA** (numeral 1º), y de modo específico “[s]i El Propietario se niega a otorgar las garantías exigidas por La Empresa en los términos establecidos en el presente Contrato”.

Lo narrado hasta ahora permite apreciar entonces que, según la literalidad del contrato y la fecha de su firma, **LINDSAYCA** contaba con cinco días hábiles a partir del 3 de diciembre de 2015, los cuales vencían el 11 de diciembre de ese año, para cumplir con su obligación de otorgar las garantías pactadas, y que si incumplía esa obligación, era procedente la terminación unilateral del contrato por parte de **TGI**.

Ahora bien, las garantías acordadas tenían una cierta complejidad, puesto que estaban también diferenciadas según la etapa del contrato a la cual estuvieran dirigidas. Había así unas garantías para la primera etapa, otras para la segunda y una común a ambas. Todo ello aparece detallado en la cláusula 34 del contrato.⁴ Para la primera etapa se exigía una garantía de cumplimiento, otra de salarios y prestaciones sociales y una de “todo riesgo construcción y montaje”. Para la segunda etapa las garantías deberían amparar los riesgos de cumplimiento, salarios y prestaciones sociales, calidad y funcionamiento de los bienes y “todo riesgo daños materiales combinados”. De modo concurrente para ambas etapas se exigía una garantía de responsabilidad civil extracontractual.

Cada una de tales garantías tenía una cuantía y un régimen diferente, atendiendo a su objeto y duración, pero cualquiera de ellas podía otorgarse por alguno de los siguientes tres medios: póliza de seguros, fiducia mercantil en garantía o garantía bancaria. Si las garantías se prestaban mediante pólizas de seguros, las mismas debían ser expedidas por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia. Si por el contrario, se optaba por la fiducia mercantil en garantía o por

⁴ Cuaderno de pruebas 1, fl. 26

una garantía bancaria, debía acudir para el efecto a un banco aceptable nacional o banco aceptable internacional.

El capítulo de definiciones del contrato establecía, en los siguientes términos, cuáles eran considerados bancos aceptables:

“BANCO ACEPTABLE: banco internacional que deberá contar con calificación crediticia igual o superior a la nota A (o su equivalente) de Fitch Ratings, Ltd, o Standard & Poor’s Rating Services, A2 (o su equivalente) de Moody’s Investor Service, Inc, o nota equivalente de cualquier otra Agencia de Calificación.”

“BANCO ACEPTABLE NACIONAL: Banco vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia que deberá contar con calificación crediticia local igual o superior a la nota A- de alguna Agencia de Calificación de riesgos autorizada para trabajar en Colombia”.

Por último, si se acudía a una garantía bancaria, se estipulaba lo siguiente en el parágrafo III de la cláusula 34:

“El Propietario podrá optar por constituir una garantía bancaria o una carta de crédito “Stand by”, en tal caso entregará a La Empresa una o más cartas de crédito “Stand by” irrevocables o garantías bancarias expedidas por un Banco Aceptable Internacional y que tenga representación, o un Banco Aceptable Nacional confirmador y pagador en Colombia, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato, por un valor (en Dólares Americanos o en Pesos Colombianos) correspondiente a lo reglado en la presente cláusula y conforme al periodo de cobertura o vigencia.

Las cartas de crédito “Stand by” o garantías bancarias que se expidan para garantizar el cumplimiento del contrato, deben ser irrevocables y garantías a primer requerimiento o primera demanda”

Ahora bien, constreñido el análisis a la garantía de cumplimiento de la primera etapa, que es aquella sobre la cual versa la presente controversia, cabe recordar que la misma se había establecido en los siguientes términos en la cláusula 34 del contrato:

“CUMPLIMIENTO : En cuantía por una suma de DIEZ MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS (USD 10.000.000), con una vigencia equivalente al tiempo de duración de la Etapa 1 y tres (3) meses más, hasta que sea aceptada la garantía de cumplimiento para la Etapa 2. La no presentación de la garantía de cumplimiento para la Etapa 1, será considerada como causal de incumplimiento en la ejecución del contrato.”

Así las cosas, del texto del contrato se desprendía con claridad que en los cinco días hábiles posteriores a su firma, **LINDSAYCA** debía otorgar una garantía de cumplimiento a favor de **TGI**, por la suma de diez millones de dólares americanos, y que para ello podía acudir o bien a una póliza de seguros, o bien a una fiducia mercantil bancaria o a una carta bancaria de crédito. Dado que el contrato se firmó

el 3 de diciembre de 2015, tal garantía ha debido ser entregada a **TGI** a más tardar el 11 de noviembre de ese mismo año.

El texto del contrato previó que la falta de presentación de la garantía era un incumplimiento del contrato y por tanto, acaecida esa contingencia, no era procedente impartir la orden de inicio de la ejecución. Por el contrario, lo que las cláusulas contractuales preveían de modo explícito ante ello era la declaratoria unilateral de terminación del contrato por parte de **TGI**.

Cabe concluir este apartado con la constatación de que la mencionada garantía de cumplimiento no fue otorgada por **LINDSAYCA** dentro de ese término en las condiciones establecidas en las cláusulas transcritas. Más adelante se analizará, sin embargo, que el comportamiento de las partes llevó a una ampliación del plazo inicialmente establecido, el cual también venció sin que la garantía fuera presentada, razón por la cual **TGI** decidió terminar unilateralmente el contrato.

Debe anotarse también que la controversia arbitral, en rigor, no versó sobre el otorgamiento de la garantía en los términos establecidos en el contrato, pues las dos partes aceptaron que ello no había ocurrido así. La controversia giró principalmente sobre las causas de la extemporaneidad u omisión por parte de **LINDSAYCA** y la conducta contractual de las partes en relación con esta garantía, y por tanto, en la existencia o inexistencia de razones que habrían justificado la terminación unilateral del contrato. Ello determina que sea pertinente analizar esa conducta contractual, a lo cual se procede en el siguiente apartado.

B.- EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES ANTE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

A lo largo del proceso arbitral las dos partes controvirtieron ampliamente sobre la conducta contractual que asumieron frente a la garantía de cumplimiento, asunto cuyo desenlace dio lugar a la terminación unilateral del mismo por parte de **TGI**, lo cual ocurrió el 9 de febrero de 2016.⁵ Antes de analizar las alegaciones y argumentos jurídicos esgrimidos, el Tribunal estima conveniente formar su criterio con el análisis del siguiente recorrido contractual, que aparece debidamente probado en el expediente:

1.- Luego de las fases propias de la invitación pública a contratar, **TGI** le adjudicó el contrato a **LINDSAYCA** el 21 de octubre de 2015⁶. El 27 de octubre siguiente **LINDSAYCA** le manifestó a **TGI** que aceptaba tal adjudicación.⁷ En la comunicación respectiva, se refirió a unas “desviaciones/Excepciones y/o Aclaraciones” que había presentado en el numeral 12 de su oferta, las cuales aprovechó para reiterar. Es pertinente precisar que dentro de tales precisiones se aludía a las dudas sobre la divisibilidad de las garantías propuestas en el contrato.

2.- Los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2015, en sendas cartas, **LINDSAYCA** se refirió de nuevo a sus solicitudes de excepciones y aclaraciones o modificaciones

⁵ Cuaderno de pruebas 1, fl. 26-27.

⁶ Cuaderno de pruebas 2, fl. 126.

⁷ Cuaderno de pruebas 2, fl. 127.

al contrato que le había solicitado a **TGI**, pero en las mismas nunca se aludió de modo explícito a la garantía de cumplimiento.⁸

3.- El contrato se firmó el 3 de diciembre de 2015. Es cierto que **LINDSAYCA** manifestó que había estampado su firma desde el 24 de noviembre anterior, y que desde esa fecha había iniciado los trámites para conseguir las garantías, pero también lo es que ambas partes aceptaron como fecha de firma del contrato la de 3 de diciembre de 2015, coincidente con la del día en que lo firmó el representante de **TGI**.

4.- El 7 de diciembre de 2015 **LINDSAYCA** le solicitó a **TGI**⁹ que le certificara si tenía autonomía e independencia para contratar las pólizas de seguro y le transmitió que las compañías de seguro (sin mencionar específicamente cuáles), le habían manifestado que encontraban “cierto riesgo difícil de asumir”, porque no había una mención de divisibilidad de las pólizas en el texto del contrato. El 16 de diciembre siguiente **TGI** le respondió a **LINDSAYCA**¹⁰ con la manifestación según la cual esta última “cuenta con la autonomía e independencia administrativa para la constitución de las garantías y pólizas de seguros.” La carta respectiva menciona que la constitución de garantías está prevista “por períodos”, pero cabe anotar que el contexto de la misma está referido a la segunda etapa del contrato. La primera etapa no fue objeto de mención.

Es pertinente precisar que en el hecho octavo de la demanda, **LINDSAYCA** manifestó que había acudido a “todas” las aseguradoras del país”. Sin embargo, ese hecho no aparece probado. Lo que se aprecia en el expediente es que las conversaciones para la obtención de una póliza se adelantaron básicamente con Seguros del Estado. Es cierto que el testigo Jorge Paul Santos manifestó en su testimonio que **LINDSAYCA** había acudido ante seis (6) aseguradoras colombianas, y mencionó sus nombres, pero su afirmación estaba referida a la garantía de seriedad de la oferta, es decir, a la etapa precontractual.

5.- El 14 de diciembre de 2015, la aseguradora Seguros del Estado radicó un derecho de petición ante **TGI**,¹¹ en el que le manifestó que dado que la duración prevista para el contrato era superior a veinte años, “resulta importante que **TGI** evalúe la posibilidad de aplicar el principio de indivisibilidad de las garantías aplicado a la contratación estatal en Colombia, pues el término fijado en los amparos contractuales resultan superiores a aquellos en los que normalmente nuestros reaseguradores nos acompañan. [...] //Así las cosas, la norma señala claramente que en todos aquellos contratos con un plazo mayor a cinco (5) años, la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato sea o exceda el término descrito; principio que no se aplica en el caso en comento y por lo que de manera respetuosa solicitamos que se revise y ajuste la exigencia en el sentido de dividir las garantías y sumado a ello como lo señala la norma (Decreto 1082 de 2015), indicar expresamente que la no renovación de la garantía o la negativa a expedir una nueva no será causal de afectación de la póliza expedida,

⁸ Cuaderno de pruebas 2, fl. 130-131, 132-134 y 135-137.

⁹ Cuaderno de pruebas 2, fl. 138.

¹⁰ Cuaderno de pruebas 2, fl. 139.

¹¹ Cuaderno de pruebas 2, fl. 140-141.

siempre y cuando la compañía de seguros informe por escrito a la entidad contratante con seis (06) meses de anticipación. En tal caso, el contratista estará obligado a obtener una nueva garantía que ampare sus obligaciones para la etapa subsiguiente [...]"

6.- El 16 de diciembre de 2015, **LINDSAYCA** le manifestó a **TGI**¹² que "[e]s claro que las empresas aseguradoras entienden que la cláusula de divisibilidad de las pólizas hace parte intrínseca del contrato y que la aplicación de la ley 142 de 1994 impera sobre la literalidad del contrato. Sin embargo [tales aseguradoras], están a la espera de la carta emitida por **TGI**, firmada por su Presidente en la cual se especifique lo anterior".

7.- El mismo día 16 de diciembre de 2015, **TGI** respondió el derecho de petición de Seguros del Estado. Allí manifestó que la normativa vigente sobre divisibilidad de los seguros se aplicaba al contrato y por tanto a la eventual póliza en la que tenía interés Seguros del Estado.

8.- El 30 de diciembre de 2015 **LINDSAYCA** le envió un borrador de póliza de cumplimiento a **TGI**, propuesto por Seguros del Estado.¹³ En el texto de ese borrador, la compañía de seguros había introducido la siguiente nota dentro del objeto del seguro: "Se aclara que la no renovación o la no entrega de una nueva póliza por parte de Seguros del Estado S. A. encaminada a amparar el riesgo descrito en la presente garantía para el año o período inmediatamente siguiente, no será causal de afectación total o parcial de la misma".

9.- El 8 de enero de 2016, **TGI** le envió sus comentarios a **LINDSAYCA** sobre el borrador de póliza de cumplimiento.¹⁴ Allí le mencionó que la falta de presentación de la garantía de cumplimiento se consideraría como incumplimiento del contrato. Sobre la renovación de las pólizas para la segunda etapa y las reservas manifestadas por la compañía aseguradora, le informó lo siguiente: "En el texto del contrato, no se hace referencia a un incumplimiento por la no renovación de las pólizas o garantías, lo cual no obliga a la compañía de seguros actual a continuar con el riesgo; obliga al contratista a mantener las garantías vigentes, en todas las etapas del contrato, con las diferentes posibilidades que éste le otorga". Por tanto, **TGI** le transmitió a **LINDSAYCA** la siguiente consideración sobre ese borrador: "Si la preocupación de Seguros del Estado es "liberarse" de la obligación de renovar la póliza para la Etapa 2, que en todo caso no aparece en el contrato, considero que la redacción de la nota debería ser en otros términos más claros y que no estén sujetos a diferentes interpretaciones, en la que no se busque limitar la ejecución de la garantía vigente, sino en la que ellos dejen claro que son autónomos de continuar o no con el riesgo, pero que le informarán al contratista la decisión que tomen, de manera oportuna. La nota podría decir algo como lo siguiente: *"sujetos a las políticas de suscripción, antes de finalizar cada vigencia, Seguros del Estado revisará los términos y condiciones otorgados al riesgo y en caso de que decida no continuar con el mismo, se lo harán saber al contratista, en un tiempo no menor a X meses (consideramos que 6 meses podría ser un tiempo*

¹² Cuaderno de pruebas 2, fl. 142.

¹³ Cuaderno de pruebas 2, fl. 147.

¹⁴ Cuaderno de pruebas 2, folio 162.

prudencial) para que este último pueda buscar la garantía requerida en el contrato”.

10.- El 13 de enero de 2016, **LINDSAYCA** le envió a **TGI** un mensaje electrónico¹⁵ en el que le relató que le había comunicado a Seguros del Estado las observaciones hechas por **TGI** al borrador de la póliza, pero que la compañía de seguros se mantenía en su postura de no cambiar la nota tal como aparecía en dicho borrador, aunque sí estaría dispuesta a informar con antelación suficiente al contratista si decidiera no renovar. En ese mensaje se afirmó que Seguros del Estado también habría sugerido la posibilidad de introducir un otrosí en el contrato en ese sentido.

11.- El 15 de enero de 2016, **TGI** le respondió a **LINDSAYCA** en los siguientes términos:¹⁶

“(…) en lo concerniente a la póliza de cumplimiento y la negativa de la aseguradora de eliminar la condición, insistimos en que la cláusula prevista en el contrato concerniente a que la no presentación de la garantía para la fase II constituye incumplimiento debe mantenerse, pues como manifestamos anteriormente, la presentación de la garantía (ya sea una póliza de seguros, fiducia mercantil o un aval bancario) es una obligación que recae únicamente en el contratista (tal como está previsto desde el indicio de la cláusula 34), sin que ello signifique que la aseguradora que expidió la póliza inicial esté obligada a expedir la correspondiente a la fase II. Nos permitimos recordar que la razón por la cual se debe mantener la presentación de las garantías como una obligación del contratista es porque con ellas se mitigan los riesgos contractuales y postcontractuales identificados en el contrato, por lo tanto la no presentación de las garantías o los avales por parte del contratista durante toda la vigencia del contrato es un riesgo al que está expuesto TGI y por ello se le debe dar un tratamiento a dicho riesgo. Es por esto que si el contratista incumple con dicha obligación, TGI deberá ejercer las acciones del caso” [...] Por último, reiteramos que la cláusula 34 es clara al indicar que la obligación de presentar las garantías es del contratista, y que la misma se puede cumplir presentado póliza de seguros, fiducia mercantil o aval bancario, por lo tanto el contratista cuenta con 3 opciones distintas para cumplir, y las cuales deberán ser exigidas por TGI”.

12.- El 25 de enero de 2016, **TGI** le manifestó a **LINDSAYCA** que rechazaba la póliza de cumplimiento propuesta por Seguros del Estado, por la inclusión en la misma de la frase “para no pretender la afectación de la misma”. En el criterio de **TGI**, dicha póliza sería aceptable si Seguros del Estado eliminaba ese texto, que aparece subrayado en la siguiente “nota” que había introducido la aseguradora: “Nota. Seguros del Estado S.A. expide la presente póliza para la Etapa 1 y sin la obligación de entregar una nueva póliza que garantice la siguiente etapa condición que el asegurado acepta con el recibo de la presente garantía para no pretender afectación de la misma”. Cabe anotar que unos días después, Seguros del Estado

¹⁵ Cuaderno de pruebas 2, fl. 163-164.

¹⁶ Cuaderno de pruebas 2, fl. 165.

le comunicó a **LINDSAYCA**¹⁷ que no le era posible cambiar esa nota, “debido a que se quedaría sin reaseguro”, pero que por eso le planteaba otra opción: ampliar el plazo de la vigencia del amparo de cumplimiento a nueve meses adicionales a la entrega de la obra.

13.- El 27 de enero de 2016, **TGI** le envió otra comunicación a **LINDSAYCA**,¹⁸ en la que le manifestó, entre otras cosas, lo siguiente: “con todo respeto **TGI** ha aceptado reunirse con ustedes con el fin de facilitar el entendimiento sobre las garantías solicitadas en el contrato tanto a su intermediario de seguros como a las compañías de seguros que han mostrado interés, sin embargo queremos aclarar que la responsabilidad de la constitución de las mismas es responsabilidad única y exclusiva de **LINDSAYCA**. Desde un comienzo **TGI** ha manifestado que no acepta las restricciones impuestas por Seguros del Estado S.A. a la póliza de cumplimiento (correo enviado desde el 8 de enero de 2016, se adjunta correo) porque limita la posibilidad de **TGI** de ejecutar la póliza, en caso de incumplimiento del contratista y pretende dejar sin amparo el contrato ante dicho incumplimiento”.

14.- Al día siguiente, 28 de enero de 2016, **TGI** le comunicó a **LINDSAYCA**¹⁹ que le concedía un plazo adicional de diez (10) días calendario para entregar las garantías pendientes, entre ellas la de cumplimiento.

En la carta respectiva se anotó lo siguiente:

“De acuerdo con lo establecido en el Contrato al que se refiere el asunto, el mismo requiere para su ejecución entre otras obligaciones, la de constituir las garantías exigidas en el contrato de acuerdo con los términos y condiciones indicados en el mismo, obligación que debió cumplirse dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de firma del contrato.//A la fecha advertimos que la póliza de cumplimiento, además de haber sido entregada de manera extemporánea, no cumple con las condiciones establecidas en el contrato. // De acuerdo con lo anterior le solicitamos que en el término de diez (10) días calendario se sirva presentar las explicaciones a dicha situación y subsane las irregularidades presentadas, so pena de dar aplicación a las herramientas contractuales que tenemos para declarar su incumplimiento, incluyendo la aplicación de la cláusula penal contemplada en el contrato”

15.- El día 29 de enero de 2016, **LINDSAYCA** le envió a **TGI**²⁰ la noticia de una nueva alternativa propuesta por Seguros del Estado, que consistiría en incluir en la carátula de la póliza la siguiente nota:

“Continuidad de la garantía. Teniendo en cuenta que el contratista garantizado está obligado a mantener vigente durante todas las etapas del contrato la garantía de cumplimiento, es preciso hacer las siguientes observaciones: - La presente póliza solamente cubre el período mencionado en la carátula de la misma. - Para la siguiente etapa

¹⁷ Cuaderno de pruebas 2, fl. 216.

¹⁸ Cuaderno de pruebas 2, fl. 220.

¹⁹ Cuaderno de pruebas 2, fl. 227 y siguientes.

²⁰ Cuaderno de pruebas 2, fl. 224-225.

contractual Seguros del Estado, estará obligada a emitir la garantía correspondiente, siempre y cuando no haya manifestado por escrito a la entidad asegurada, su voluntad de no emitirla con por lo menos seis (6) meses antes de la terminación del amparo de cumplimiento vigente. En este caso, el tomador garantizado deberá iniciar la búsqueda de una nueva garantía. Así mismo, en ese caso no será posible la afectación de la presente póliza. Sin embargo, en caso de que Seguros del Estado no avisare oportunamente su voluntad de no continuar con el riesgo para el siguiente período, esta aseguradora quedará obligada a emitir el documento de cobertura. En caso de no hacerlo, y que el contratista garantizado no consiguiese otra garantía aceptable para el asegurado, este último podrá iniciar las acciones tendientes a la afectación de la póliza, en los términos del artículo 1077 del código de comercio. // Con la aceptación de la presente garantía, el asegurado aclara que acepta los términos de la misma, en especial en lo que hace referencia al presente punto de continuidad de la cobertura”

16.- El día 2 de febrero de 2016, **LINDSAYCA** le comunicó a **TGI**,²¹ en respuesta a la carta del 28 de enero de 2016, que el retraso para poder iniciar la ejecución del contrato “no ha sido ocasionado por negligencia de **LINDSAYCA**”, sino por toda la sucesión de hechos a los que se ha aludido con anterioridad en esta narración. Manifestó que para ese día ya la garantía de cumplimiento está “en su fase final de aprobación por parte de **TGI**”.

Afirmó también lo siguiente:

*“**LINDSAYCA** reconoce el plazo que ustedes pretenden hacer efectivo mediante la comunicación enviada el pasado viernes 29 de enero de 2016, contemplado en el párrafo segundo de la cláusula sexagésimo segunda [...]. Sin embargo, pese a ser una obligación sujeta a un plazo determinado, **LINDSAYCA**, entendió que dicho plazo fue interrumpido en el momento en que **TGI** tuvo conocimiento y participación del proceso iniciado y no emitió manifestación en contrario que le permitiera a **LINDSAYCA** determinar que debía optar por una solución diferente. // Yendo a la literalidad del contrato, y teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, **LINDSAYCA** inició el proceso de obtención de Pólizas, inclusive desde el mismo momento en que se notificó el acto de adjudicación, lo cual implica que sigue existiendo un cumpliendo [sic] con nuestra obligación, las pólizas fueron entregadas una vez superados los obstáculos del contrato, pero **TGI** aún no las ha aceptado en su totalidad, y ha solicitado sus modificaciones. Dado que dicha eventualidad de no aceptación se encuentra contemplada en el contrato, **LINDSAYCA**, no puede asumir un incumplimiento de las obligaciones, por el contrario, en nuestro sentir esta negociación cuenta con el aval de **TGI**. // El día 29 de enero de 2016, mismo día de recepción de su comunicado 0075, **LINDSAYCA** envía para su aprobación nueva versión de la nota en discusión para ser incluida en la póliza de fiel cumplimiento, la cual creemos cumple con lo exigido por ustedes. Han transcurrido cuatro (4) días calendarios [sic] sin obtener pronunciamiento de **TGI**. //Paralelo al*

²¹ Cuaderno de pruebas 1, fl. 64-65. Carta firmada por el Gerente de Lindsayca, dirigida Antonio José Angarita Vega, Vicepresidente de Crecimiento y Desarrollo e interventor del contrato.

período de TGI para el estudio de lo anteriormente mencionado, LINDSAYCA ha continuado la búsqueda y evaluación de posibles medidas que pudieren dar solución a la presente situación, en caso de que TGI encuentre que la nota a la garantía remitida el 29 de enero, no cumple con las exigencias del contrato. Las mismas serán remitidas de manera oportuna para la pertinente aceptación por parte de TGI.”

17.- El día 3 de febrero de 2016, TGI le respondió a LINDSAYCA su carta del día anterior,²² y allí le manifestó que el contrato establecía con claridad los términos dentro de los cuales debían cumplirse las obligaciones previstas para su ejecución, y que “[a] la fecha, LINDSAYCA no ha dado cumplimiento a las obligaciones relacionadas con la presentación de las garantías en los términos y condiciones establecidos en el contrato”. Le dijo también que “si bien es cierto que TGI ha efectuado comentarios a las pólizas prestadas por Ustedes al no haber cumplido las mismas con los requisitos establecidos en el Contrato, tales comentarios o sugerencias no pueden considerarse como una modificación a los plazos contractuales”. // [...] “Consideramos necesario precisar nuevamente, que el Contrato prevé otras posibilidades diferentes a la póliza de seguro para garantizar las obligaciones del Propietario. Si el propósito de LINDSAYCA era cumplir con las obligaciones que permitan la iniciación de la ejecución el Contrato pudo haber optado por alguna de éstas alternativas, frente a las dificultades que se le han presentado con la expedición de la póliza de seguro”.

Sobre la nueva propuesta de Seguros del Estado, le manifestó lo siguiente:

“De forma específica, en relación con la cláusula de “continuidad de la garantía” sometida por usted a nuestra consideración, señalamos nuevamente que no es aceptable. Esta cláusula tal y como está redactada, además de modificar irregularmente las condiciones originales del Contrato al crear cargas, plazos y obligaciones no establecidas en el mismo, propicia un riesgo muy alto para TGI al imponer una garantía (obligación) a cargo del asegurado, la cual de no cumplirse estrictamente por parte del tomador, conllevaría la posibilidad de anulación del contrato de seguro en los términos del artículo 1061 del código de comercio. // De acuerdo con las anteriores consideraciones, las explicaciones presentadas por Ustedes en la comunicación citada en el asunto, no son aceptables para TGI. Consideramos que LINDSAYCA continúa negándose a entregar las garantías en la forma estipulada en el Contrato. En consecuencia, el plazo concedido en nuestra comunicación del 28 de enero para subsanar la no presentación de las garantías y seguros en los términos consignados en el Contrato continúa corriendo.// En este sentido, reiteramos que de no presentarse una variación sustancial en la situación actual que presenta su obligación, el lunes 8 de febrero de 2016 daremos aplicación a los numerales 1 y 4 de la cláusula 36 del contrato para declarar su incumplimiento, así como a las demás herramientas aplicables.”

18.- El mismo día 3 de febrero de 2016, LINDSAYCA le respondió a TGI mediante correo electrónico,²³ que subsanaba la situación que se había presentado,

²² Cuaderno de pruebas 1, fl. 66-67.

²³ Cuaderno de pruebas 1, fl. 68.

mediante la expedición de una garantía bancaria, y al efecto se remitía a un anexo a esa comunicación, denominado “draft 10MM\$.” Ese proyecto (draft) de carta de crédito²⁴ alude a una cuantía de diez millones de dólares, y se afirma que sería una carta de crédito irrevocable.

19.- Al día siguiente, 4 de febrero de 2016, **TGI** le respondió a **LINDSAYCA**²⁵ con varios comentarios y reparos sobre el borrador de carta de crédito que había remitido. Le solicitó, por una parte, que allegara una certificación sobre la calificación crediticia del banco emisor y que aclarara que la vigencia de esa garantía, “será por el tiempo de ejecución de la Etapa 1 y 3 meses más, y en todo caso hasta que se aceptada la garantía de cumplimiento de la Etapa 2”. También le manifestó que debía quedar incluido de modo explícito en el texto de la garantía que la misma debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda, y por último, que la garantía debía ser entregada en original, “con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato y los que se mencionan en esta comunicación, a más tardar el lunes 8 de febrero del presente año en horas hábiles.”

20.- El 8 de febrero de 2016, el gerente de **LINDSAYCA** se dirigió a **TGI**²⁶ y le hizo un recuento de todas las diligencias adelantadas por **LINDSAYCA** para poner en ejecución el contrato. Reiteró que **LINDSAYCA** siempre había asumido “una posición cooperante a fin de solventar los obstáculos en el menor tiempo posible”. Sobre la extemporaneidad de la garantía de cumplimiento, manifestó que “se justifica la entrega extemporánea ya que **TGI** tomó mucho tiempo (16 días) en responder a nuestra solicitud de fecha 7 de diciembre de 2015. Es así que Seguros del Estado no tuvo otra opción que radicar un derecho de petición el día 14 de diciembre de 2015”.

Manifestó también que cuando **LINDSAYCA** recibió la comunicación de **TGI** en la que se hacían observaciones al borrador de carta de crédito, ya la misma se había ordenado expedir. Por eso, “las modificaciones requeridas por **TGI** el día 4 de febrero de 2016, ya solicitadas por **LINDSAYCA** al banco este mismo día, no pueden estar listas antes del día lunes 8 de febrero de 2016”.

Ante esa situación, **LINDSAYCA** adjuntó la garantía bancaria emitida por el Mercantil Commerce Bank en formato PDF, en los mismos términos que constaban en el borrador (draft) previo. **LINDSAYCA** agregó que ese banco fue la “entidad que emitió en el pasado la Garantía de Seriedad y su debida extensión, por Ustedes aceptada”. Adjuntó también una declaración jurada del representante legal de **LINDSAYCA**, en la que señalaba que la entrega de la garantía bancaria “cumpliendo con todas las modificaciones exigidas [sic] por **TGI** en su comunicado del día 4 de febrero de 2016, será entregada tan pronto el proceso de actualización y cambio por parte del mismo Banco lo permita”. La carta termina con la afirmación según la cual “les solicitamos aceptar ésta como manifestación inequívoca de la intención de cumplir. Desafortunadamente, como ya se mencionó con anterioridad, existen trámites que no dependen únicamente de **LINDSAYCA**. Consideramos que se está prestando garantía suficiente, ya que

²⁴ Cuaderno de pruebas 2, 236-239

²⁵ Cuaderno de pruebas 1, fl. 69 y 70.

²⁶ Cuaderno de pruebas 1, fl. 71-84

independientemente de las correcciones a que haya lugar de la Carta de Crédito, este dinero ya se encuentra comprometido con TGI, bajo el entendido de que la Carta de Crédito ya ha sido expedida”.

21.- El día siguiente, 9 de febrero de 2016, LINDSAYCA le entregó a TGI físicamente la carta de crédito que el día anterior había remitido por vía electrónica.²⁷ Tal carta de crédito²⁸ había sido expedida el 8 de febrero de 2016, por el Mercantil Commercebank.

22.- Ese mismo día, 9 de febrero de 2016, TGI le comunicó a LINDSAYCA su decisión de terminar el contrato.²⁹ La comunicación respectiva contiene las siguientes afirmaciones: “una vez revisada la carta de crédito standby a la luz de los requisitos contractuales exigidos para la constitución de las garantías, encontramos que la carta de crédito sigue sin cumplir con los términos establecidos en el contrato, en especial en relación con lo siguiente:

- No se adjuntó la certificación en la cual conste que el Mercantil Commercebank cuenta con una calificación crediticia igual o superior a la nota A Fitch/S&P o A de Moody's.
- En el texto de la Garantía no se aclarara [sic] que la vigencia de la misma, será por el tiempo de la ejecución de la Etapa 1 y 3 meses más, y en todo caso hasta que sea aceptada la garantía de cumplimiento de la Etapa 2.
- No quedó expresamente incluido en el texto de la garantía que la misma será efectiva a primer requerimiento o primera demanda.

La carta termina con la siguiente decisión:

“Teniendo en cuenta que a la fecha Lindsayca no cumplió con la citada obligación, entendemos que se ha negado a dar cumplimiento a la entrega de las garantías en los términos establecidos en el contrato, lo que constituye un incumplimiento grave del mismo. En consecuencia, Lindsayca se encuentra incurso en las causales de terminación del contrato indicadas en los numerales 1 y 4 de la cláusula trigésima sexta del mismo, por lo cual damos por terminado el Contrato”.

Todos los hechos que acaban de narrarse están probados en el proceso, tanto por medio de las pruebas documentales analizadas, como por los distintos testimonios que se rindieron a lo largo del trámite arbitral, ninguno de los cuales contradijo la prueba documental.

Así las cosas, el análisis de la conducta contractual de las partes le permite al Tribunal concluir lo siguiente:

²⁷ Cuaderno de pruebas 1, fl. 85.

²⁸ Cuaderno de pruebas 2, fl. 266 y siguientes.

²⁹ Cuaderno de pruebas 1, fl. 86-87.

(i) **El plazo se amplió, pero igualmente venció sin la entrega de una garantía de cumplimiento satisfactoria.**

El contrato establecía un plazo de cinco días hábiles para el otorgamiento de las garantías por parte de **LINDSAYCA** y su entrega a **TGI**, a partir de la fecha de firma del mismo. Dicho plazo vencía el 11 de diciembre de 2015, y a tal fecha no se había entregado la garantía de cumplimiento. Sin embargo, las partes adelantaron varias actuaciones relacionadas con las garantías, dentro de ellas la de cumplimiento, con posterioridad a esa fecha.

Las comunicaciones de **TGI**, posteriores al 11 de diciembre de 2015, en las que se alude a las correcciones que deberían introducirse a los proyectos de póliza propuestos por Seguros del Estado, indican su disposición de ánimo a aceptar la entrega de esa garantía después del plazo estipulado en el contrato, siempre y cuando la misma cumpliera con las condiciones establecidas para la garantía. De ello se deduce sin lugar a duda que las dos partes tácitamente ampliaron el plazo para otorgar y entregar/recibir la garantía de cumplimiento.

Sin embargo, dado que el contrato no podía comenzar a ejecutarse sin la aprobación de las garantías y el tiempo comenzaba a apremiar (la previsión era que la primera fase estuviera concluida en febrero de 2017), el 28 de enero de 2016 **TGI** le comunicó a **LINDSAYCA** que le concedía un plazo adicional de diez días calendario, improrrogable, que vencía el 8 de febrero de 2016. En esa comunicación le advirtió que el vencimiento de ese plazo sin el cumplimiento de la entrega de las garantías acarrearía la terminación unilateral del contrato.

El comportamiento contractual de **LINDSAYCA**, así como varias comunicaciones suyas, indican que también aceptó ese plazo. En tales condiciones, cabe concluir que el plazo contractual para la entrega de las garantías, debidamente otorgadas, se amplió desde el 11 de diciembre de 2015 hasta el 8 de febrero de 2016.

Sin embargo, para esa fecha **LINDSAYCA** tampoco le entregó a **TGI** una garantía de cumplimiento acorde con las estipulaciones contractuales, lo cual llevó a la terminación unilateral del contrato al día siguiente por parte de **TGI**.

(ii) **La controversia sobre la divisibilidad de las garantías se superó.**

A lo largo del trámite arbitral se discutió por las partes el carácter divisible o indivisible de las distintas garantías establecidas en el contrato. Más adelante, al analizar los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes, se volverá sobre esta cuestión. Sin embargo, las pruebas documentales y testimoniales³⁰ analizadas permiten apreciar que aunque en un primer momento sí existió alguna duda sobre el carácter divisible o indivisible de tales garantías, manifestada en la etapa precontractual por **LINDSAYCA** y luego, ya firmado el contrato, por Seguros del Estado, tales dudas se despejaron después de algunas reuniones e intercambios de criterios, en las que se llegó a la comprensión, compartida por las partes y por la compañía de seguros, de que las garantías eran divisibles, tal como lo permite

³⁰ Vid. Testimonios de Yady Peña Torres,

la normativa vigente cuando se trata de contratos de duración mayor a cinco años, y que, por tanto, no existía ningún obstáculo para expedir las garantías de la primera etapa, sin que ello comprendiera la obligación de expedir las de las subsiguientes.

Las mismas pruebas permiten esclarecer que las partes, así como Seguros del Estado, se hicieron conscientes, a medida que intercambiaron sus criterios, de que la dificultad que encontraba la compañía de seguros para expedir una póliza que satisficiera a TGI tenía que ver con el riesgo de que LINDSAYCA no otorgara la garantía de cumplimiento para la segunda etapa, y no con que la garantía fuera indivisible.

En efecto, la garantía de cumplimiento de la primera etapa debía amparar el riesgo de que LINDSAYCA no cumpliera con su obligación de otorgar otra garantía para el cumplimiento de la segunda etapa. Esa garantía para la segunda etapa podía ser una nueva póliza de seguros u otra de las alternativas contractualmente convenidas, y en la primera hipótesis, podía contratarse con la misma aseguradora o con otra, pero en cualquier caso, y así lo entendieron las partes e incluso la aseguradora, la garantía de la primera etapa debía amparar el riesgo de que LINDSAYCA no otorgara la garantía para la segunda.

Ese riesgo fue el que nunca estuvo dispuesto a cubrir Seguros del Estado, y a su vez, ese fue el motivo por el que TGI nunca estuvo dispuesta a aceptar los proyectos y propuestas de pólizas sugeridos o enviados por Seguros del Estado.

Las pruebas también permiten entender que a medida que avanzaba el tiempo, dado que Seguros del Estado no parecía dispuesta a modificar su postura, LINDSAYCA comenzó a contemplar la posibilidad de otorgar la garantía mediante otro de los medios contractualmente posibles, como lo era la carta de crédito bancaria. TGI también le recordó en varias ocasiones que ante las dificultades insalvables que se encontraban con Seguros del Estado, bien podía buscar otra forma de otorgar la garantía de cumplimiento, tal como lo estipulaba el contrato.

Solo ante la evidencia de que las sucesivas propuestas de Seguros del Estado resultaban todas inaceptables para TGI, siempre por las mismas razones, fue que LINDSAYCA recurrió a la garantía bancaria que finalmente presentó el 8 de febrero de 2016, pero que tampoco fue aceptada por TGI. Debe precisarse que el motivo de tal rechazo no se refirió a que la garantía hubiera sido expedida para la primera etapa del contrato, sino por otras razones que más adelante se analizarán.

(iii) Ninguno de los proyectos de garantía de cumplimiento entregados por Lindsayca cumplía con las estipulaciones contractuales.

Entre finales de diciembre de 2015 y el 8 de febrero de 2016, LINDSAYCA le propuso a TGI, siempre acompañada de Seguros del Estado, varios proyectos de póliza de seguro como garantía de cumplimiento de la Etapa 1. Tales proyectos, tal como se acaba de mencionar, siempre fueron rechazados por TGI porque no amparaban el riesgo de que TGI no pudiera otorgar la garantía de cumplimiento

para la etapa siguiente. En ese sentido, es claro que ninguna de las versiones de la póliza de seguros propuesta por Seguros del Estado satisfacía esa obligación contractual.

LINDSAYCA también entregó, ya el último día del plazo adicional de diez días que le había concedido **TGI**, una garantía bancaria por la suma estipulada, esto es, diez millones de dólares, pero la misma no cumplía con varios de los requisitos previstos para la misma, pues, tal como se lo hizo ver **TGI** desde cuando presentó el borrador (draft) respectivo, dos días atrás, esa carta de crédito no manifestaba que era exigible a primer requerimiento o primera demanda, no incluía el texto según el cual la vigencia de la misma debía ser por “el tiempo de la ejecución de la Etapa 1 y 3 meses más, y en todo caso hasta que sea aceptada la garantía de cumplimiento de la Etapa 2”, y no se había acreditado que el Mercantil Commercebank, banco que había emitido esa garantía, contara con una calificación que lo avalara como banco aceptable, según las estipulaciones del contrato.

Sobre este último aspecto cabe precisar que ya dentro del trámite arbitral se incorporaron al expediente varias certificaciones que permiten apreciar que el Mercantil Commercebank carecía, para la época de los hechos, de la calificación requerida por el contrato, pues tenía una notablemente inferior. Sin embargo, para el 8 de febrero de 2016, lo que aparece probado es que **LINDSAYCA** no acreditó que el banco al que había acudido contara con una calificación que permitiera tenerlo como banco internacional aceptable.

Ante esta situación, a lo largo del trámite arbitral **LINDSAYCA** alegó que la carta de garantía resultaba aceptable por cuanto había sido emitida por el mismo banco que había otorgado la garantía de seriedad de la oferta, en la etapa precontractual, garantía que **TGI** había aceptado aunque las exigencias de calificación del banco eran iguales ahora. Sobre este asunto se volverá con mayor profundidad y extensión en el próximo apartado, relacionado con los argumentos de las partes.

Por ahora cabe tener por probado que **LINDSAYCA** no acreditó que el banco fuera aceptable, pero así mismo, que la carta de crédito también adolecía de las otras características señaladas por **TGI**, relacionadas con su exigibilidad a primera demanda y con el período de vigencia de la misma, que la hacían inaceptable a la luz de las estipulaciones contractuales.

Tales falencias le fueron advertidas por **TGI** a **LINDSAYCA** cuando esta le remitió el borrador (draft) respectivo. Sin embargo, la carta de crédito finalmente emitida era idéntica a ese borrador, y por ello **LINDSAYCA**, ante el previsible rechazo de la misma por **TGI**, la acompañó de una declaración jurada de su representante legal, en la cual manifestaba que se comprometía a realizar las correcciones sugeridas por **TGI** a la carta de crédito. En la carta con la que se acompañó esa documentación, **LINDSAYCA** solicitó que aceptara la carta de crédito así remitida “como manifestación inequívoca de la intención de cumplir”.

Esa declaración jurada no satisfizo a **TGI**, y para el Tribunal es evidente que tal declaración no tenía la virtud de subsanar las características anotadas de la carta de crédito finalmente entregada.

Cabe agregar que en el hecho 39 de la demanda, **LINDSAYCA** planteó que los requisitos que **TGI** echó de menos en la carta de crédito eran “tres simples requisitos de forma que se hubiesen podido solucionar en cuestión de dos días a la fecha de la terminación.” Para el Tribunal no es de recibo esa afirmación. El historial de dificultades que se tuvieron con Seguros del Estado no permitía augurar que en pocos días el banco se aviniera a anotar, como una simple formalidad, que la garantía se extendía hasta cuando **TGI** hubiera aceptado la garantía de la segunda etapa. Pero en gracia de discusión, si se da por cierto que el Mercantil Commercebank y **LINDSAYCA** podrían haber llegado a un acuerdo en un plazo breve sobre la inclusión de los textos que hacían falta en la carta de crédito, lo que sí es cierto es que la calificación crediticia del banco distaba enormemente de la exigida en el contrato para considerarlo un banco aceptable, y la variación de esa calificación escapaba totalmente de las manos de **LINDSAYCA**.

C.- LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES AL RESPECTO.

En este apartado el Tribunal abordará el análisis de los argumentos que las partes esgrimieron a lo largo del proceso para fundamentar sus pretensiones o excepciones, o bien para rebatir los alegados en su contra. Dado que tales argumentos se reiteraron en varios de sus escritos y en la audiencia de alegatos finales, con terminología y densidad no siempre unívocas, el Tribunal los sistematizará de la siguiente manera para proceder luego a su análisis: **LINDSAYCA** invocó principalmente dos argumentos jurídicos, el primero de ellos referido al quebranto de la buena fe y el principio de confianza legítima por parte de **TGI**, y el segundo sobre la imposibilidad de cumplir con el objeto de la obligación; **TGI**, de su lado, invocó el incumplimiento del contrato, la falta de satisfacción de obligación de resultado, que le atribuyó a su contraparte. A continuación se analizará cada uno de ellos.

(i) La confianza legítima y la buena fe contractual.

LINDSAYCA manifestó en varias ocasiones a lo largo del proceso, que se había presentado “ausencia total de parte del convocado de honrar los principios de buena fe y confianza legítima a través del proceso precontractual y contractual” y que ello se apreciaba principalmente en que “en la etapa precontractual la convocada aceptó la garantía del banco que en etapa contractual rechazó por no tener la calificación requerida”. Con esta alegación, **LINDSAYCA** que se refería al hecho, ciertamente probado, de que en la etapa precontractual ella había presentado como garantía de seriedad de la oferta una carta de crédito emitida por el Mercantil Commercebank, por un millón quinientos mil dólares, y la misma no había sido objetada por **TGI**, pero cuando en la etapa contractual, tal como ya se ha visto, **LINDSAYCA** acudió al mismo banco y obtuvo una carta de crédito por diez millones de dólares para entregarla como garantía de cumplimiento de la primera etapa del contrato, **TGI** la rechazó, entre otras razones, por cuanto el

banco no tenía la calificación que se requería para tenerlo como “aceptable”, según las cláusulas del contrato.

Según manifestó **LINDSAYCA**, la aceptación de la garantía de la etapa precontractual avalaría la creencia legítima de que el banco era aceptable para **TGI**. Según sus alegatos, “el comportamiento precontractual de **TGI** en la aceptación de la carta de crédito emitida por el mencionado banco, sirvió de fundamento para entregar la carta de crédito de cumplimiento contractual que, extrañamente, no satisfizo a **TGI**”.

Aparece probado en el proceso que las dos garantías bancarias a las que se ha hecho mención, esto es, la de seriedad de la oferta y la de garantía de cumplimiento, fueron expedidas por el mismo banco: el Mercantil Commerce Bank. También está probado que **TGI** aceptó la propuesta de **LINDSAYCA** que contenía la garantía de seriedad, y que luego, ya en la etapa contractual, objetó la garantía de cumplimiento por varias razones, entre ellas la de haber sido expedida por un banco que no reunía las condiciones de “aceptable”. En el expediente también consta que los requisitos establecidos para considerar “aceptable” un banco, eran análogos en la invitación pública a contratar³¹ y en las cláusulas contractuales.

Lo anterior permite concluir que, efectivamente, **TGI** aceptó, en la etapa precontractual, una garantía de seriedad de la oferta contenida en una carta de crédito emitida por un banco que no tenía la calificación que ella misma había exigido para ese efecto.

Ahora bien, ¿cabe deducir, en aplicación de los principios de confianza legítima y buena fe, que por el hecho de que **TGI** aceptó en la fase precontractual una garantía emitida por un banco que no era aceptable, se debían entender entonces modificados los términos por ella redactados, y por tanto debía aceptarse, ya en la fase contractual, una garantía de cumplimiento expedida por ese mismo banco?

A criterio del Tribunal, la respuesta a esta cuestión debe elaborarse teniendo en cuenta todos los motivos que llevaron a **TGI** a rechazar la póliza de cumplimiento expedida por el Mercantil Commerce Bank, y no sólo el de la calificación crediticia del banco, pues lo cierto es que la carta de crédito presentada por **LINDSAYCA** el 8 de febrero de 2016 no contenía, tal como se lo había anotado **TGI** desde cuándo se había presentado el borrador respectivo, ni la anotación de que se trataba de una garantía exigible a primer requerimiento o primera demanda, ni la de que su plazo se extendía no sólo durante la primera etapa del contrato, sino hasta cuando se aprobara la garantía de cumplimiento de la segunda etapa.

Así las cosas, incluso si en virtud de la teoría de la confianza legítima y del deber de lealtad contractual, ambos derivados del principio de buena fe, hubiera de concluirse que **TGI** estaba obligada, por su acto previo, a aceptar la garantía del Mercantil Commerce Bank, la prosperidad de esta tesis no haría aceptable la garantía, la cual seguiría careciendo de los otros requisitos señalados. Esto, por

³¹ Cuaderno de pruebas 2, fl. 24.

sí, hace que el argumento de la vulneración de la confianza legítima, tal como aparece planteado en el proceso, no tenga vocación de prosperidad.

En todo caso, cabe mencionar que el hecho de que en una sola ocasión, y no de modo reiterado, una de las partes hubiera incurrido en una conducta apartada de sus cláusulas, no parece suficiente para generar la “creencia de hallarse en una situación jurídica regular”, y por tanto amparada por el derecho. El Tribunal también considera pertinente señalar que existen diferencias notables entre una garantía de seriedad propia de la etapa precontractual y una de cumplimiento del contrato, como para que lo acaecido en la primera etapa pueda trasladarse, sin más, a la segunda. La cuantía, el objeto, la duración, y en últimas el alcance mucho más trascendental que tenía para el logro del objeto contractual la garantía de cumplimiento, comparada con la de seriedad de la oferta, avalarían la tesis de que a pesar de que en la etapa precontractual **TGI** no fue rigurosa en la aplicación de los términos que ella misma había redactado en su invitación a contratar, era legítimo que en la ya definitiva etapa de ejecución y cumplimiento del contrato rectificara su modo de proceder. Por contrapartida, el carácter explícito de las cláusulas del contrato en el sentido de exigir que las garantías bancarias fueran emitidas por un banco de alta calificación crediticia, así como el celo que manifestó **TGI** al revisar las sucesivas propuestas de pólizas presentadas por Seguros del Estado, no le permitían a **LINDSAYCA** entender, razonablemente, que la exigencia de una determinada calificación crediticia del banco emisor había quedado modificada por una conducta precontractual de **TGI**.

(ii) **Objeto imposible en la garantía de cumplimiento.**

El argumento de **LINDSAYCA** sobre la imposibilidad del objeto, que justificaría su conducta en relación con la garantía de cumplimiento y la exoneraría la obligación al respecto, está elaborado a partir de la idea según la cual la cláusula 34 del contrato, por su confusa redacción, obligaba a quien otorgara la garantía de cumplimiento para la Etapa 1 del contrato a continuar garantizando el cumplimiento en las etapas sucesivas, lo cual tornaba “indivisible” tal garantía, contrariando el ordenamiento jurídico nacional y la práctica común de las compañías aseguradoras. Dado que tal cláusula había sido redactada por **TGI**, entonces también serían aplicables a favor de **LINDSAYCA** los principios de planeación del contrato y la disposición que establece la interpretación de las cláusulas oscuras en sentido adverso a quien las redactó.

El texto que habría generado esta controversia es la frase “hasta que sea aceptada la garantía de cumplimiento para la Etapa 2”, que formaba parte de la siguiente cláusula, ya atrás analizada”:

“CUMPLIMIENTO : En cuantía por una suma de DIEZ MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS (USD 10.000.000), con una vigencia equivalente al tiempo de duración de la Etapa 1 y tres (3) meses más, hasta que sea aceptada la garantía de cumplimiento para la Etapa 2. La no presentación de la garantía de cumplimiento para la Etapa 1, será considerada como causal de incumplimiento en la ejecución del contrato.”

Según **LINDSAYCA**, la consecuencia de esa frase era tornar indivisible la garantía de cumplimiento, pues “si no se aprobaba la garantía de la Etapa 2 por parte de **TGI**, sin importar la modalidad que se utilizara para esa garantía, quedaba atada la aseguradora que había garantizado la Etapa 1 a garantizar la Etapa 2 o, lo que también les preocupaba, que si no se garantizaba la Etapa 2 pudieran tomarlo como incumplimiento del Propietario y hacer efectiva la póliza de garantía de la etapa 1 para resarcir los perjuicios de la falta de consecución de la garantía de la Etapa 2”.

Ahora bien, cabe recordar que además de las cláusulas contractuales, las garantías del contrato entre **LINDSAYCA** y **TGI** estaban regidas por el decreto 1510 de 2013 (compilado por el decreto 1082 de 2015), cuyo artículo 112 establece lo siguiente:

“Artículo 112. Indivisibilidad de la garantía. La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Período Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Período Contractual así:

1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Período Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Período Contractual respectivo.

[...]

3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Período Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Período Contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Si el garante de una Etapa del Contrato o un Período Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Período Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Período Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Período Contractual subsiguiente”.
(Se subraya)

La lectura del precepto transcrito, así como la evaluación de la conducta contractual de las partes durante las conversaciones e intercambios epistolares relacionados con la garantía de cumplimiento, atrás analizados, permiten apreciar

que no se trataba de una obligación indivisible, lo cual ciertamente podría haber desencadenado la aplicación del régimen de la imposibilidad del objeto, física o jurídica, sino de una obligación divisible, según cada una de las etapas del contrato, pero aparejada de la obligación de **LINDSAYCA** de amparar, antes de la terminación de cada fase, el cumplimiento de la siguiente.

Esta última obligación, de garantizar el cumplimiento de las sucesivas etapas del contrato antes del vencimiento de la inmediatamente anterior, aparece de modo explícito en la norma transcrita. Así pues, resulta compatible la divisibilidad de las garantías con la obligación de otorgarlas antes del vencimiento de la etapa anterior, y así se desvanece la posibilidad interpretativa, propuesta por **LINDSAYCA**, de que allí se esté estableciendo de modo tácito la indivisibilidad.

(iii) **Incumplimiento de una obligación de resultado.**

Las excepciones propuestas por **TGI** a las pretensiones de **LINDSAYCA**, así como también las pretensiones de su demanda de reconvención, apuntan siempre al incumplimiento por parte de **LINDSAYCA** de una de sus obligaciones contractuales, como era la de otorgar la garantía de cumplimiento de la Etapa 1 del contrato. Tal incumplimiento acarrearía la terminación anticipada del mismo, tal como ya se ha visto. Ante la argumentación de **LINDSAYCA** de haber actuado de buena fe y haber adelantado lo que estaba a su alcance para otorgar y entregar la garantía de cumplimiento, **TGI**, además de refutar esas aseveraciones, propuso que se entendiera que la obligación de constituir la garantía de cumplimiento es de resultado y no de medios.

TGI sustentó esa invocación como resultado de una interpretación gramatical de las cláusulas del contrato, en la lógica del mismo y en la conducta contractual de **LINDSAYCA**, que confirmaría su obligación de entregar las garantías, y no de hacer todo lo posible para entregarlas. En sus alegatos de conclusión, **TGI** manifestó que de la obligación en comento es de resultado y no de medios, pues. “[d]e no ser ello cierto se llegaría al absurdo que, sin haberse satisfecho el resultado útil esperado por **TGI** –la constitución de la garantía- habría que tener por satisfecha la obligación a cargo **LINDSAYCA** [sic] si hubiere [sic] la gestión tendiente a contar con las garantías sin haberlas obtenido, y, por lo tanto, debía continuarse con la ejecución del Contrato sin amparo alguno para la entidad estatal, quedando desprotegida la Etapa 1, conclusión que, por ser contraria a cualquier lógica y tornarse absurda, en particular, en lo que apunta a amparar el patrimonio público, debe ser desechada”.

Ciertamente, la jurisprudencia y la doctrina han abordado en numerosas ocasiones la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, aunque hay que aceptar que se trata de una distinción que ha venido evolucionando y que en ocasiones parece suplida por los conceptos de obligaciones de garantía y de seguridad, y que su mayor utilidad acaso tenga que ver con la distribución de las cargas probatorias entre las partes.³² En todo caso, dado que lo esgrimido por **TGI**

³² Hineostroza Forero, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, 3ª edición, Tomo I, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 237 - 239.

es que en el caso presente se trata de una obligación de resultado, cabe entonces entender que si ello es así, habrá de ser porque el deudor de la obligación, es decir, **LINDSAYCA**, sólo se exoneraría, ante la falta de cumplimiento de lo pactado, si demostrara una causa ajena a ella, puesto que si se tratara de una obligación de medio, el deudor, que en este caso es **LINDSAYCA**, igualmente se liberaría de su obligación si demuestra que obró con diligencia debida en razón de la naturaleza de la prestación.

En las obligaciones llamadas de medios, “el deber del deudor consiste solamente en ser diligente, advertido, cuidadoso, entendido, y emplear los medios idóneos, conforme a las circunstancias, para alcanzar un determinado resultado útil para el acreedor y que este apetece, pero sin asegurarlo, o sea que no responde por el mero hecho de la ausencia de aquel, sino en razón de una conducta deficiente. Una y otra parte son conscientes de la situación, ambas prevén el resultado, saben que este es de suyo aleatorio, y le asignan al deudor la tarea de propiciarlo con una conducta idónea. Hay una contingencia, valga repetirlo, ‘y se ve que el alea del resultado constituye normalmente el criterio de la distinción’. Esto quiere decir que el deudor no asume responsabilidad por el mero hecho de que el objetivo no se logre, por lo mismo que su obtención no es riesgo suyo; responderá, apenas, en el evento de que el fracaso sea imputable a su incuria, negligencia, imprudencia, impericia, deficiencia”. En cambio, en las obligaciones de resultado “el deudor se compromete a obtener el resultado prevenido a favor del acreedor: la transferencia del dominio o la constitución del derecho real, el mantenimiento de la situación actual, el opus convenido”³³

Las características de una garantía de cumplimiento, en especial su finalidad, llevan al Tribunal a considerar que se estaba ante una obligación de resultado y no de medios, pues el objeto de la misma no era intentar que, gracias a la pericia, habilidad o capacidades del deudor, se pudiera lograr un determinado objeto que se anhelaba, sino más bien, a lograr que el objeto contractual no quedara desamparado, ante la eventualidad de que alguna actuación futura del deudor o de algún tercero, impidiera el cumplimiento del objeto contractual.

Así las cosas, todo el análisis precedente le permite al Tribunal arribar a la conclusión de que **LINDSAYCA** no entregó la garantía de cumplimiento de la Etapa 1 del contrato dentro del término ampliado y con las modalidades estipuladas, sin que aparezca ninguna causal exonerativa o justificativa de su conducta, ante lo cual, en criterio del Tribunal, **LINDSAYCA** incumplió con la obligación de otorgar esa garantía, lo cual acarreaba, como se ha visto, la posibilidad de terminación unilateral del mismo por parte de **TGI**.

Ante lo anterior, en la parte resolutive de este laudo el Tribunal declarará la prosperidad de las excepciones propuestas por **TGI** en su contestación de la demanda y desestimaré todas las pretensiones de la demanda a este respecto, dado que las mismas pendían todas de la existencia, probada, de una causa que justificara la falta de otorgamiento de la garantía de cumplimiento de la Etapa 1 del contrato, lo cual, como queda visto, no ocurrió.

³³ *Idem*, p. 248-251.

2.2.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

2.2.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.2.1.1.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LINDSAYCA S.A.S.

Dado que las pretensiones principales de la demanda de reconvencción requieren de pronunciamientos del Tribunal sobre la ejecución contractual y su cumplimiento, para luego arribar a si de ello se originan perjuicios, serán analizados en este acápite los aludidos puntos con el fin de determinar su alcance y sus consecuencias jurídicas.

De antemano y para delimitar el objeto de este estudio, bien podemos definir el objeto contractual no solo como la motivación o finalidad que lleva a los sujetos a atarse jurídicamente, sino igualmente aquello a lo que se obligan. En virtud de esto, en la mayoría de contratos, de naturaleza bilateral –como es el que nos concita-, ambas partes se convierten en deudoras reciprocas. Si la cuestión se examina abstractamente, podemos arribar a la fácil conclusión, que si uno de los sujetos contratantes rehúye su compromiso, o lo ejecuta imperfectamente, habrá vulnerado el precitado objeto contractual.

La satisfacción del contratante queda entonces supeditada a la efectiva ejecución de la prestación adquirida, y por el contrario, su desatención, conduce a la postración contractual. Todo lo anterior, alude a lo que comúnmente se conoce como incumplimiento obligacional.

Ahora bien, tal incumplimiento se identifica con las modalidades que este puede asumir a partir de la definición que contempla la legislación, así: no haber cumplido; haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento. Concurren en esas hipótesis varias situaciones de regla contractual, la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío. Por consiguiente, bien distinguibles son estos dos claros fenómenos independientes: la pasividad del deudor o el retardo en el cumplimiento.

Sin embargo, la cuestión queda más completa, si deducimos que el incumplimiento contractual reviste las modalidades que vienen: falta de cumplimiento de la obligación; mora en el cumplimiento en el plazo estipulado; cumplimiento defectuoso de la obligación porque la ejecución no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato. Y así, podríamos hilar muchas otras situaciones, todas ellas ligadas evidentemente a inejecuciones, ejecuciones parciales, ejecuciones tardías, etc.

El incumplimiento se tipifica o materializa pues, con la constatación de que el deudor no desplegó la conducta comprometida, porque su ejecución no se dio, ora por que no obró diligentemente y su actuación resulta extemporánea. En todo caso, volviendo a los términos generales, el incumplimiento bien puede reputarse como un hecho objetivo que pone de presente una conducta desviada de lo

pactado, de lo que surgen remedios o compensaciones para el contratista defraudado.

No obstante, está también atada a un elemento complementario, como lo es la decisión inequívoca de no cumplir plenamente con el objeto contractual –hecho subjetivo del deudor- y el abandono de la prestación objetiva y absoluta que frustra el fin del interés del otro sujeto contractual –hecho subjetivo del acreedor-.

Desde este panorama, la materialidad del incumplimiento se afinca en la consecuencial imputación de tal omisión a una de las partes contractuales.

Así las cosas, el incumplimiento en sentido material, comprende la falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta respecto de la previsión contractual. Por su parte, la imputación del incumplimiento corresponde a la clara atribución de las consecuencias que deberá soportar a aquel sujeto a quien correspondía realizar la previsión contractual omitida.

En consecuencia, siendo principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos, las partes deben ejecutar las obligaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, por manera que el incumplimiento de las mismas, esto es su falta de ejecución o su ejecución tardía o defectuosa, sea sancionada por el orden jurídico.

Lo anterior nos permite arribar desde luego a la noción de generación de daño contractual. Como es sabido de manera antiquísima, este consiste en el quebrantamiento, afectación, desdeño, desmedro o lesión del derecho que posee el acreedor contractual, y situación a la que se llega por el anómalo comportamiento del deudor, que riñe con lo estipulado por las partes dentro del contrato y la forma como la obligación debía cumplirse. En otras palabras, si las obligaciones pactadas no se cumplieron, o se hizo tardíamente o de manera incompleta, se genera un daño que convoca a resarcir al perjudicado.

Es de recordar, que un contrato perfeccionado, obliga a las partes a su cumplimiento, tal como lo disponen los artículos 864 del Código de Comercio³⁴ y 1602 del Código Civil³⁵.

En apoyo de lo que antecede, se trae a colación el artículo 1603 del Código Civil que dispone que: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."

³⁴ **ARTÍCULO 864. DEFINICIÓN DE CONTRATO.** El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.

³⁵ "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

Así mismo al respecto el Código de Comercio, en su artículo 871, reitera que: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

Precisamente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 31 de mayo de 2010, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01, en tesis que ha sido reiterada varias veces, ha dicho sobre la materia que se viene comentando:

"Justamente, el contrato, rectius, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil), obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (esentialianegotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalianegotia) o expresamente pactado (accidentalianegotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes."

Por su parte, el tratadista Emilio Betti definió la buena fe como: "(...) *una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte.*" ³⁶

Así las cosas, es lógico señalar que cada parte espera de su contratante el cumplimiento oportuno, completo, coherente y de buena fe de las prestaciones que le corresponden en el contrato.

Dicho lo anterior, correspondería ahora abordar el examen de si conforme a la primera pretensión de la demanda de reconvención, **LINDSAYCA** incumplió el contrato celebrado entre ella y **TGI**. No obstante, sobre este aspecto el Tribunal Arbitral encuentra de mérito replicar, dado que atañe al mismo fondo, las consideraciones efectuadas a la hora de despachar favorablemente las excepciones frente a la demanda principal propuestas por **TGI**, y lo por tanto habrá de decretar la prosperidad de esta pretensión.

Como está entonces arriba visto y fue debidamente profundizado en el aludido acápite, concretamente en cuanto la excepción principal que presentó la convocada en su escrito de contestación denominada "Justa causa para dar por terminado el Contrato. Terminación ajustada a los términos convenidos. Culpa exclusiva de **LINDSAYCA**", resulta claro que **LINDSAYCA** incumplió con las obligaciones pactadas en el contrato, especialmente, en lo atinente al no otorgamiento de las garantías exigidas en los términos establecidos en el contrato en tratativas, lo que derivó, en consecuencia, en que no prosperan las pretensiones de la demanda principal.

³⁶ Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 102 y 103.

De acuerdo con lo expuesto en aparte que antecede, aun cuando la garantía de cumplimiento de la Etapa 1 se debía constituir a más tardar el 10 de diciembre de ese año el primer borrador de la misma solo fue enviado por **LINDSAYCA** hasta el 30 del mismo mes. Así mismo, la propuesta de la garantía para la Etapa 1 remitida por **LINDSAYCA** y expedida por Seguros del Estado, no cumplió con los requisitos del contrato. Y por último, aun cuando **TGI**, otorgó un plazo adicional a **LINDSAYCA** para que constituyera las garantías del contrato, lo cierto es que la garantía de cumplimiento de la Etapa 1 que fue presentada luego consistía en una carta de crédito "Stand by", fue expedida por un Banco con calificación "BB/B", no obstante en el contrato se señalaba que al optar por ese tipo de garantía la misma debía ser expedida por una entidad bancaria con calificación superior.

2.2.1.2.- PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA TERMINACIÓN UNILATERAL EFECTUADA POR LA TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. – E.S.P.

La segunda pretensión de la reconvencción persigue que se declare que la terminación del contrato suscrito entre **LINDSAYCA** y **TGI** fue realizada por **TGI** de acuerdo con lo estipulado en el Contrato, lo que concierne al análisis de si en efecto aquella disponía de la facultad para terminar, en forma unilateral, el aludido contrato.

Al respecto conviene anotar que la Convocante cuestiona la facultad de **TGI** para dar por terminado el contrato, prevista en la cláusula trigésima sexta. En su dicho argumenta que *"el contrato objeto de la controversia es estatal de régimen privado, en consecuencia, la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP – TGI- no tiene competencia para darlo por terminado porque no existe norma o ley que la faculte para terminar el contrato de manera unilateral, como de manera ilegal lo hizo"*, razón por la cual el tribunal interpreta que **LINDSAYCA** controvierte la validez de la decisión adoptada por **TGI** el 9 de febrero de 2016, mediante la cual declaró la terminación unilateral del contrato por incumplimiento y que fue justamente la que dio lugar a la convocatoria del presente Tribunal, y lo que obliga analizar los aspectos que siguen:

A.- LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN PREVISTA EN EL CONTRATO.

En la cláusula trigésimo sexta del contrato, las partes acordaron su terminación por decisión unilateral de **TGI** en los siguientes términos:

"CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO. La empresa, sin perjuicio de lo previsto en el presente contrato, podrá terminarlo:

- 1) *En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de El Propietario*
- 2) *Si la calidad de los bienes y servicios contratados no son aceptables, toda vez que no cumplen las Especificaciones Técnicas pactadas, de conformidad con el presente Contrato, el Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y el Anexo No. 3 Piping Class y Vendor List.*

- 3) Cuando durante la ejecución del Contrato, El Propietario, alguno de sus miembros de junta directiva o junta de socios, representantes legales o revisor fiscal, sean incluidos en las listas OFAC, ONU o cualquier otra lista restrictiva.
- 4) Si el propietario se niega a otorgar las garantías exigidas por la Empresa en los términos establecidos en el presente contrato.
- 5) Cuando luego de impartida la Orden de Inicio no se haya podido iniciar la ejecución del Contrato por circunstancias imputables a El Propietario."

Con fundamento en la cláusula citada, mediante comunicación del 9 de febrero de 2016, **TGI** le manifestó a **LINDSAYCA** que al no haber cumplido con la obligación de entregar las garantías, en los términos establecidos en el contrato, *"lo que constituye un incumplimiento grave del mismo [...] se encuentra incurso en las causales de terminación del Contrato indicadas en los numerales 1 y 4 de cláusula trigésima sexta del mismo, por lo cual damos por terminado el contrato"*.

A continuación el Tribunal se pronunciará sobre la validez de esta decisión, a la luz de las normas que regían el contrato celebrado entre las partes.

B.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE TGI Y SU RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación que obra en el expediente, **TGI** es una empresa de servicios públicos domiciliarios y, por lo tanto, el régimen jurídico de sus actos y contratos se encuentra definido en la ley 142 de 1994.

Específicamente, en lo relacionado con el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el art. 31 de la ley 142, modificado por el art. 3º de la ley 689 de 2001, señala que estos no se sujetan al Estatuto General de Contratación Pública (ley 80 de 1993), sino a las normas de derecho privado, salvo en lo que dicha ley disponga, de manera expresa, como en lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades (art.44.4).

Adicionalmente, esa misma disposición señala que *"las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa"*.

Es evidente que cuando esta norma se refiere a cláusulas exorbitantes, alude a los poderes excepcionales que la ley 80 establece como obligatorios en los contratos estatales y que se encuentran enunciados en los arts. 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la ley 80 de 1993 (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad y reversión).

De acuerdo con la norma citada, el contrato celebrado entre las partes se rige por las normas del derecho privado, como se señala, de manera expresa, en la cláusula quincuagésima séptima: *“El presente contrato se rige por la ley colombiana el régimen privado, de conformidad con el Estatuto de Contratación de la Empresa, los Códigos de Comercio y Civil, así como por las disposiciones especiales que les sean aplicables por la naturaleza de la actividad de la Empresa”*.

C.- LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS QUE SE RIGEN POR LAS NORMAS DEL DERECHO PRIVADO.

De conformidad con el art. 1602 del Código Civil, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. (*pacta sun servanda*). Esta previsión que tradicionalmente se invoca para rechazar la inclusión de potestades de terminación del contrato en favor de una de las partes³⁷, ha llevado también a afirmar el *“deber de acatamiento de la disposición de las partes, elevada a cláusula del contrato, de declararlo terminado unilateralmente delante del incumplimiento imputable a una de ellas”*.³⁸

La finalidad primordial de las cláusulas resolutorias que se pactan en el contrato, es la de excluir la intervención del juez para dar por terminado el contrato. Allí se establece que el contrato termina por la sola decisión de la parte cumplida, comunicada a la incumplida, en términos análogos a lo que ocurre con el preaviso en los contratos a término indefinido, lo cual no excluye su juzgamiento posterior sobre su pertinencia y oportunidad, a petición del contratante denunciado.

La tendencia incontenible del derecho contemporáneo es el llamado ‘unilateralismo’, en virtud del cual se reconoce validez a las cláusulas resolutorias o terminación por declaración unilateral, sin intervención del juez (cláusulas de poder), y ha avanzado al punto de llegar a considerarse que la parte cumplida tiene de suyo esa prerrogativa, que obvia la lentitud de un proceso judicial, a despecho de objeciones fundadas en que su ejercicio entraña una justicia privada. La víctima del incumplimiento se beneficia de un derecho exorbitante de liberarse del contrato, bien sea que se lo otorgue el legislador o los términos del contrato. (Chabas).

³⁷ La doctrina francesa ha señalado que *“el principio de una resolución judicial está firmemente arraigado en nuestros espíritus, por lo cual una cláusula que excluya el juez es vista con desconfianza”*. (Ch. Paulin).

³⁸ Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2015. Tomo II, volumen II, p. 949. *“Allí no se advierte quebranto alguno de principios de orden público o contrariedad de las buenas costumbres, y de más está anotar que no media norma imperativa que las prohíba. En tales circunstancias se ha ido extendiendo la previsión de una solución expedita al incumplimiento contractual, en términos de eliminación del vínculo, ora automáticamente o in continente, ora con exigencia de un preaviso o, mejor, de un requerimiento infructuoso. Nada se opone, por principio, a esta facultad de ruptura del contrato, potestativa más no arbitraria, de cualquiera de las partes o de una de ellas”*.

La doctrina civil francesa³⁹ considera que los particulares, para evitar los inconvenientes de la resolución judicial de los contratos, puesto que supone una acción judicial con todas las contingencias y lentitudes inherentes a esta vía, pueden estipular una cláusula resolutoria en el contrato, sin que se requiera la intervención del juez. *“En efecto, el principio según el cual la resolución se debe pronunciar judicialmente no es un principio de orden público. Se explica por la historia y se justifica por el control que el juez debe ejercer sobre la existencia de la causa de la obligación después de la formación del vínculo contractual, pero esto sólo ocurre cuando los contratantes no han arreglado contractualmente la resolución. Corresponde a los contratantes prever las sanciones de la inejecución de una obligación contractual, tanto con cláusulas apropiadas sobre la responsabilidad contractual como con cláusulas relativas a la resolución [...] El interés de una cláusula resolutoria consiste en no obligar a un contratante a recurrir al juez cuando no ha obtenido lo que se le debía. Para ello es necesario que la estipulación se preste a eso, puesto que se trata de una excepción al principio según el cual la resolución supone una demanda judicial”.*

En este sentido, el art. 1224 del reformado Código Civil francés establece que *“la resolución resulta de la aplicación de una cláusula resolutoria, de una notificación del acreedor al deudor, en caso de inejecución suficientemente grave, o de una decisión de justicia”*, y distingue claramente la potestad del contratante cumplido para resolver el contrato, de la decisión judicial que le pone fin a éste.

Igualmente, el art. 7.3.1 de Los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, elaborados por el instituto para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), señala que *“una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones del contractuales constituye un incumplimiento esencial”*.

Obviamente que en este caso no se excluye el control por parte del juez de dicha sanción; sólo que de ser un control *a priori*, esto es, antes de su declaración, se pasa a un control *a posteriori*, una vez que la sanción ha sido impuesta.

La más autorizada doctrina nacional afirma que la judicialización absoluta de la resolución contractual, no puede fundarse en la prevención del riesgo del abuso del derecho en el que puede incurrir la parte que la ejerce en forma unilateral. *“La sustracción a la intervención judicial previa no tiene por qué ser repudiada. A la angostura mental han de sobreponerse consideraciones múltiples de orden económico y de sentido práctico; cuanto lo primero, pensar en los trámites, dilaciones y costos de toda índole que implica el tener que acudir a la jurisdicción y*

³⁹ Larroumet, Christian. *Teoría General del Contrato*. Tomo II, Editorial Temis Bogotá D.C., 1999, p. 159 y 160. El profesor Jean RIVERÓ, en forma magistral, explica la validez de estas potestades en los contratos suscritos entre particulares, en los siguientes términos: *“Por regla general nadie, en las relaciones entre particulares, puede ver su situación jurídica modificada sin su consentimiento, por la sola voluntad del otro. El acuerdo de voluntades es el procedimiento normal de la acción jurídica privada. A veces sucede que un particular pareciera adoptar una decisión unilateral que tiene efectos en relación con el otro; pero esto sucede [...] en virtud de un consentimiento previo dado por el interesado (ejemplo: el asalariado, por el contrato de trabajo acepta someterse a las decisiones que adopte el patrón en materia disciplinaria) [...]”* Derecho Administrativo. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980. p. 100.

*esperar una decisión judicial aleatoria y distante. No se justifica el mantenimiento anómalo del contrato, lo que, además, le será en extremo nocivo a la parte inocente, cuyo quebranto se agravaría con la dilación, hasta extremos irreversibles, fácilmente evitables con una visión más dinámica de las soluciones jurídicas”.*⁴⁰

Este debate tampoco ha sido ajeno a la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como a la justicia arbitral. Así, la primera, en sentencia del 31 de mayo de 1892, había señalado que *“la condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera intervención judicial”*.

En esa misma línea, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de agosto de 2011 (Rad. No. 1999-01957), que, paradójicamente, cita *in extenso* el apoderado de la Convocante, en su alegato de conclusión (pp.7, 8, 9 y 17 a 21), con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, le reconoció plenos efectos jurídicos a la cláusula de terminación unilateral, prevista en un contrato sujeto a las normas del derecho privado.

Allí se dijo que:

“la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad.

[...]

[...] [E]l legislador o, las partes, ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual, pueden disponer la terminación unilateral del contrato.

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad

⁴⁰ Hineyrosa, op .cit., p. 974 y 975. “Obviamente, como corresponde al espíritu del presente y al empeño de solidaridad social que se palpa por doquier, el punto sensible no ha de ser la estipulación mismas de tales cláusulas, sino los requisitos de su redacción y de su ejercicio por el acreedor, en lo cual la jurisdicción ha de poner especial atención, asentada en el principio de la buena fe [...]”.

En el mismo sentido, Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Editorial Legis, Bogotá D.C, 2014, p. 91 y siguientes.

contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces [...]. Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación unilateral de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (cas. Civ. Sentencia de 3 de febrero de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) y las relativas a '[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial' [...]'". (Se subraya)

Para la Corte, la eficacia de la terminación unilateral pactada en el contrato, sin necesidad de intervención judicial, como cláusula accidental pactada en ejercicio de la autonomía de la voluntad, está subordinada a la “reciprocidad de la facultad para ambas partes, o estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible [...]. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución”.

También el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 17 de julio de 2017 (rad. No. 57.394), que reitera las sentencias del 17 de agosto de 2016 (rad. No. 41.783) y 20 de febrero de 2017 (Rad. No. 56.562), señaló que:

“En los contratos del Estado que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo.”

Allí se precisó que en los contratos que celebran las entidades del Estado que se rigen por el derecho privado, en los que se pacta la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, como sucede en el presente caso, cuando la administración decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación, es evidente que tales decisiones son meros actos contractuales y no actos administrativos.

Específicamente, en lo relacionado con la validez de las cláusulas de terminación unilateral de los contratos que celebran las entidades públicas que no sujetan a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), el Consejo de Estado expresó:

“La Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia.

[...]

“Así las cosas, la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado.

Asimismo, los contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración.”

En cuanto a los requisitos de validez de las cláusulas de terminación unilateral, la sentencia citada señaló:

“En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria”.

Por último, también la justicia arbitral se ha pronunciado sobre la validez de la cláusula de terminación unilateral, en los contratos regidos por las normas del derecho privado.

Así, en el laudo arbitral del 19 de agosto de 2005, Terpel S.A. vs. Thetys Petroleum Company, se expresó lo siguiente:

“Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos (doctrina, jurisprudencia e incluso ley), a la cual no tendría por qué sustraerse el nuestro, es la de aceptar la legalidad de la ‘cláusula resolutoria expresa’, que se volvió usual en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada de larga duración, que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor, sin necesidad de intervención judicial ex ante, pero con interpretación restrictiva y sujeta a requisitos severos, tanto en su formulación, como, especialmente, en su empleo, y dejando a salvo la protesta de la contraparte y su derecho a acudir al juez para que declare la ilegalidad o la falta de justificación de su aplicación, y de ese modo obtener, según sea del caso, un pronunciamiento que restablezca el

*contrato, con indemnización o sin más, el resarcimiento de todos los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura indebida”.*⁴¹

En síntesis, puede concluirse que actualmente se consideran válidas las cláusulas de terminación unilateral, pactadas en los contratos sujetos al derecho privado, como una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, las cuales pueden ser controladas por el juez una vez que han sido aplicadas, con el fin de garantizar que estas no se utilicen de manera abusiva, ni desconozca el principio de la buena fe que debe orientar todas las relaciones negociales.

D.- LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN EL PRESENTE CASO.

Para el Tribunal, la declaratoria de incumplimiento del contrato, comunicada por **TGI** a la Convocante mediante escrito del 9 de febrero de 2016, es plenamente válida y se ajusta a los límites señalados por la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, que se citó antes.

En efecto, (i) esa facultad de terminación unilateral se pactó, en forma expresa, en la cláusula trigésima sexta del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad; (ii) el incumplimiento que se endilga a **LINDSAYCA** puede calificarse como *esencial*, ya que se trata del otorgamiento de las garantías necesarias para el cumplimiento del contrato, tal como se dispuso por las partes, de manera expresa, en el numeral 4 de la citada cláusula. Adicionalmente, tal incumplimiento es esencial por cuanto, en los términos del art. 7.3.1, literal d) de los principios UNIDROIT, le otorga a la parte perjudicada, en este caso **TGI**, “razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra”; (iii) por último, el incumplimiento del contrato declarado por **TGI** no fue una decisión sorpresiva, arbitraria, caprichosa o *ad nutum* sino que le fue anunciada previamente a la Convocante, a la cual, además, se le otorgó un amplio plazo de gracia para que entregara la garantía de cumplimiento del contrato.

En conclusión, **TGI** si estaba facultada, de acuerdo con lo convenido en el contrato (cláusula trigésima sexta, numeral 4), para declarar, de manera unilateral, su terminación, por el incumplimiento de **LINDSAYCA** de otorgar la garantía de cumplimiento, prevista en la cláusula trigésima cuarta para la Etapa 1 diseño, procura, construcción y pruebas.

En consecuencia, el Tribunal habrá de declarar la prosperidad de esta pretensión en cuanto la terminación del contrato suscrito entre **LINDSAYCA** y **TGI**, fue realizada por **TGI** el 8 de Febrero de 2016 de acuerdo con lo estipulado en el Contrato y de conformidad con las normas que rigen la materia que resultan aplicables.

2.1.2.- PRETENSIONES RELACIONADAS CON EVENTUALES INDEMNIZACIONES.

⁴¹ . Citado por Hinestroza, *op. Cit.*, p. 961, nota 6264.

Las pretensiones de **TGI** sobre este particular prácticamente se contraen a solicitar que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. – Ecopetrol impusiera, durante la duración del presente Tribunal Arbitral o luego de su finalización, multa o penalidad alguna a cargo de **TGI** por no poner a su disposición la ampliación de la capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa, **LINDSAYCA** está obligada a reembolsarle el monto total de ellas con su actualización, de acuerdo con la corrección monetaria, junto con sus intereses moratorios.

Para dar comienzo a este asunto el Tribunal ratifica la presencia de incumplimiento del contrato a cargo de **LINDSAYCA** y, de otro lado, según se acaba de ver, que la Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P. sí estaba facultada de acuerdo con lo convenido en el contrato (cláusula trigésima sexta, numeral 4) para declarar, de manera unilateral, su terminación, por el aludido incumplimiento, concretado en el no otorgamiento de la garantía de cumplimiento prevista para la Etapa 1 diseño, procura, construcción y pruebas.

No sobra advertir, entonces, que el Tribunal Arbitral comparte la conclusión a la que llegó la agente del Ministerio Público, para quien el incumplimiento contractual de **LINDSAYCA** constituyó título jurídico idóneo y una justa causa para haber dado por terminado el contrato de manera unilateral por parte de la Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P..

Remirado lo anterior, el problema jurídico que corresponde absolver a continuación, consiste en establecer si el incumplimiento de las obligaciones contractuales de **LINDSAYCA** debe derivar en una condena a indemnizar los hipotéticos perjuicios causados a su contraparte.

Con relación a este punto la jurisprudencia contenciosa ha expuesto según sentencia del 22 de julio de 2009, expediente 17.552, que:

“Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento”.

Por manera que, en cualquier situación en la que se alegue el instituto legal que se viene tratando, se deberá constatar la existencia de las citadas condiciones de manera conjunta, esto es, deberán concurrir todas y cada una de ellas.

El punto de partida será, en todo caso, la existencia de un contrato, elemento que se da acá, toda vez que nítidamente se ha constatado, y no ha sido repudiado por las partes, la concreción de voluntad plasmada en el Contrato No. 750758

celebrado entre **TGI** y la sociedad **LINDSAYCA**, documento que, además, obra en el expediente.

En consecuencia, se encuentra plenamente probado que entre las partes se celebró un contrato cuyo objeto era:

“OBJETO. En virtud del presente Contrato, El Propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete, mediante la modalidad BOMT (Build, Operate, Maintain & Transfer), al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la transferencia a La Empresa, a la terminación del Contrato, de la Estación de Compresión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana - Apiay y la Estación de Compresión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay-Villavicencio-Ocoa, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, así como sus anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo. Hace parte del objeto de este Contrato el Servicio de Compresión de Gas Natural, que consiste en la disponibilidad permanente para La Empresa de la Capacidad Total instalada de Compresión de las Estaciones denominadas Paratebueno (Cundinamarca) y Villavicencio (Meta) ubicadas sobre los Gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio- Ocoa, respectivamente, previa terminación de la Etapa 1, de conformidad al Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y durante la Etapa 2, de conformidad a lo establecido en el presente CONTRATO. “

Transcripción a la que debe añadirse que tal objeto y alcance contractual, como ya se dijo arriba, no han generado entre las partes en este litigio debate alguno, luego, se reitera, es asunto pacífico aquí, la existencia contractual.

En todo caso no sobra advertir que para que pueda hablarse de responsabilidad contractual, es menester la previa existencia de un contrato válido, que haya sido perfeccionado por el consentimiento de las partes, y que por ende obliga al cumplimiento de lo pactado, como también que su desatención origina la correspondiente responsabilidad del pago de daños y perjuicios, si los hubiere. Sabido es que el motivo primigenio de obligarse contractualmente es anudar una relación jurídica y tal vínculo tiene un carácter instrumental, ya que permite valorar la conducta subjetiva del deudor, para referirla a un posible incumplimiento.

Prosiguiendo con nuestro análisis, se puede señalar que también concurriría la segunda condición citada por la jurisprudencia, toda vez que hubo incumplimiento de deber u obligación contractual por parte de **LINDSAYCA**, por lo que remataría constatar, por último, que ese incumplimiento haya producido un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad, en este caso **TGI**.

Está visto al respecto que en la demanda de reconvención se reclama el pago de las sumas que dicha entidad se vea supuestamente obligada a pagar a Ecopetrol S.A., como consecuencia del no cumplimiento de un contrato celebrado entre dichas partes y en virtud del cual **TGI** se habría comprometido a aumentar la capacidad de transporte de gas en los acueductos de Cusiana-Apiay y Apiay-

Villavicencio Ocoa. No obstante, como pasará a ampliarse, el daño que se alega dista de tener las categorías de “cierto” y “real” para poder acceder a tales pedimentos.

Tiene por claro la jurisprudencia que el daño debe corresponder a las mentadas condiciones, como lo ha expuesto de forma reiterada y se afirma en la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2009⁴², que señala:

“Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso; en otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza. El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación. (...) En este tipo de responsabilidad el elemento central es el daño, de conformidad con el principio de garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, según el cual la responsabilidad se fundamenta en la posición jurídica de la víctima, cuya esfera patrimonial ha sido lesionada y no sobre la conducta del autor del daño. El daño antijurídico para que sea indemnizable debe tener una existencia real y concreta y debe ser evaluable en términos económicos; es necesario entonces que el contratista acredite su existencia, lo cuantifique en dinero, de acuerdo con los parámetros del contrato celebrado o los factores objetivos existentes y además lo individualice” Ahora bien, en el entendido de que el daño que configura la responsabilidad contractual consiste en la lesión del derecho de crédito del contratista, resulta claro inferir que, para deducir su ocurrencia, debe demostrarse la existencia del derecho subjetivo que se afirma conculcado”

Ciertamente no existe en el expediente prueba alguna que repunte o haga presumir el daño y el respectivo perjuicio que reclama TGI; al contrario, no existe certeza de que los mismos se vayan a originar, ni su fecha de supuesta concreción, como tampoco que se hayan concretado las eventuales multas diarias impuestas por Ecopetrol hasta cuando la aquí demandante en reconvención cuente con la capacidad de transporte de gas ampliada.

En consecuencia el alegado daño, que no se probó, no puede ser indemnizado, y conduce, por lógica, a que se deban denegar las pretensiones a este respecto impetradas en la demanda de reconvención.

A lo que se añade otra circunstancia que le quita potencialidad a esta pretensión, conforme a lo expuesto en el concepto de la procuraduría rendido ante este tribunal arbitral y se contrae a lo siguiente:

“Cabe agregar que, en cualquier caso, TGI S.A. E.S.P., al dar por terminado el contrato celebrado con Lindsayca S.A.S., no alegó ni demostró la existencia de perjuicio alguno, ni emitió pronunciamiento

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 16.103. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

alguna que pudiera ser conocido o controvertido por esta sociedad en relación con ese aspecto, además, en el contrato celebrado entre estas entidades nunca se hizo alusión a la existencia de un contrato relacionado con el transporte de gas entre TGI S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A., ni a la posibilidad de que esta impusiera sanciones o multas en caso de incumplimiento de dicho contrato por parte de aquella, razón por la cual, las pretensiones de TGI tendientes a obtener la devolución de las sumas que se pudiera ver obligada a cancelar por dicho concepto, no están llamadas a prosperar.”

Por las razones expuestas, se concluye que, si bien existió un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de **LINDSAYCA** y, por ende, **TGI** obedeció a una justa causa, la ausencia probatoria a este respecto hace inviable estas pretensiones de condena, y la indemnización de los perjuicios que la demandante en reconvención señala haber sufrido o a futuro sufrirá con ocasión del incumplimiento de **LINDSAYCA**. En consecuencia, y como se reflejará en la parte resolutive del presente laudo, no habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la demandada en reconvención.

En tal medida, y por identificarse con lo antes dicho, habrá también de prosperar la excepción frente a estas pretensiones formulada por **LINDSAYCA**, y que atañe a la imposibilidad de que el tribunal imponga condena en relación con hechos futuros e inciertos, en el entendido jurisprudencial y lógico de que el perjuicio debe ser cierto o real, determinado y determinable, calidades de las que carece el aludido pedimento de la Convocante en reconvención.

No sobra anotar, una vez más, que conforme a la legislación el daño implica pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, por falta de cumplimiento de una obligación. Lo cierto, entonces, es que jurídicamente, tanto el daño como el perjuicio implican lesión al patrimonio. Pero ello debe derivarse de una situación o bien real o bien determinable, por ende no es cuestión de mera apreciación subjetiva. Este último criterio señala como ilógico que la sola estimación del reclamante pueda ser el asidero del daño o si se quiere del perjuicio, ya que la persona que estime que se le ha causado lo uno o lo otro, además de ser su titular, debe probar la lesión concreta de sus derechos, para que de allí se puedan derivar repercusiones que se concreten en una indemnización.

3.- OTROS ASPECTOS OBJETO DE DECISIÓN.

A continuación, el Tribunal hará un pronunciamiento sobre otros aspectos que, aunque son accesorios a la cuestión principal, deben ser objeto de decisión:

3.1.- EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

De conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso,

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras

su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014: Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014: “También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

De la norma arriba transcrita se concluye que para la aplicación de la sanción allí dispuesta deben configurarse los siguientes supuestos: (i) que el monto de los perjuicios solicitados formulado en el juramento estimatorio exceda del cincuenta por ciento de aquél que resultó probado en el proceso y (ii) que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Analizado el contexto de la norma, el Tribunal entiende que la sanción de que trata el inciso cuarto no se aplica de manera automática, es decir que no sólo por el hecho de constatar que hay una diferencia entre el valor de perjuicios estimado y

el concedido, debe el juez aplicarla, pues también entiende que dicha sanción se refiere únicamente al evento en el cual sea procedente la condena judicial por concepto de perjuicios y presente el exceso señalado.

Observa el Tribunal que en este caso ninguna de las pretensiones de condena de la demanda principal, así como las de la demanda de reconvención prosperaron, por cuanto a las partes no les asistía el derecho en que las fundamentaron o ellas carecían de prueba, según lo ya expuesto.

Otro elemento que ha de contemplarse en este análisis es la conducta procesal de las partes, la cual no fue sujeta a reproche alguno en el presente proceso. En efecto, en Sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional señaló⁴³:

“6.4.1.2. La temeridad y la mala fe van en clara contravía de la probidad y la buena fe en las que se inspira y funda el Código General del Proceso. Las conductas temerarias, de cuya comisión hay una evidencia objetiva, como es la decisión judicial de negar las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, no pueden ampararse en la presunción de buena fe. Y no lo pueden hacer porque en la práctica, el obrar temerario y de mala fe desvirtúa la presunción.

“6.4.1.3. Además, el obrar con temeridad y mala fe desconoce las cargas procesales de las partes, sus deberes en el trámite del proceso, se enmarca dentro de las presunciones de temeridad y mala fe y compromete la responsabilidad de las partes y de sus apoderados”.

Se observa, además, que las diferencias entre lo estimado y lo probado, tanto en la demanda principal como en la de reconvención, se fundamentan en las particularidades del caso y no en el comportamiento censurable de quienes realizaron la estimación de las cuantías en las respectivas demandas.

Este Tribunal acoge lo dispuesto en varios laudos arbitrales, en el sentido de que el objetivo de la norma no es imponer una sanción a quien demanda por el hecho de que lo pedido no quede reflejado en la decisión del caso, pues lo anterior podría equivaler a una denegación de justicia, y es frecuente que si bien no prosperan las pretensiones de la demanda principal, ni de la de reconvención, como en este caso sucede, no ocurre ello por la cuantificación de los perjuicios sino por la ausencia de los derechos invocados por ambas partes o su carencia probatoria.

Por estas razones, no se impondrá sanción alguna a las partes por este concepto.

3.2.- LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA CONVOCANTE.

El dictamen pericial que aportó **LINDSAYCA** con su demanda, elaborado por el perito Pedro Joaquín Rojas Gutiérrez, fue objetado, controvertido e impugnado por

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia del 21 de marzo de 2013, C-157 de 2013, M.P. MARIA VICTORIA CALLE CORREA.

TGI mediante la presentación de otro dictamen pericial y a través del interrogatorio que con tal fin y con apoyo en la ley se surtió.

Aunque, en principio, le correspondería al Tribunal resolver sobre la prosperidad o no de dicha objeción, se considera que en la medida en que el Tribunal no necesitó valorar dicho medio de prueba para la definición de esta controversia, como quiera que la pretensión indemnizatoria de **LINDSAYCA** no alcanza prosperidad por ausencia de fundamento, por sustracción de materia resulta innecesario decidir al respecto; expresado en otras palabras, si no hubo necesidad de apreciar el referido dictamen pericial, carece de objeto estudiar o determinar si el mismo adolece de los yerros que le fueron atribuidos por la parte Convocada.

3.3.- LAS COSTAS.

Concluida la evaluación de las pretensiones, procede el Tribunal a ocuparse de las costas del proceso, a cuyo efecto se señala que cada una de las partes solicitó que su contraria fuera condenada a sufragar las agencias en derecho, gastos procesales y honorarios del Tribunal Arbitral (pretensión quinta de la demanda principal y décima de la demanda de reconvención).

De conformidad por lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*; sin embargo, el numeral 5º de la disposición igualmente enseña que *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Aunque esta norma le impone al juez la obligación de condenar en costas a la parte que resulta vencida en el proceso, esto es, al demandante –inicial o en reconvención– a quien no le prosperan sus pretensiones o al demandado que ve que sus defensas no tienen acogida alguna, debe tenerse presente que dicha regla, en primer lugar, no es absoluta, habida cuenta que permite, frente a la prosperidad parcial de las pretensiones, condenar de manera parcial o abstenerse de imponer condena; y, en segundo lugar, no se trata de una regla del todo objetiva, habida cuenta que la conducta procesal que las partes demuestren en el proceso es un elemento de carácter subjetivo que todos los operadores judiciales deben tener presente a la hora de definir si al concluir un proceso debe imponerse o no a alguna de las partes la correspondiente condenación en costas.

En consecuencia, a juicio del Tribunal, no solamente cuando las pretensiones prosperan parcialmente, como ocurre en el presente caso respecto de las pretensiones tanto de la demanda inicial como de la reconvención, sino también cuando la conducta de las partes se ha ajustado a los mandatos de la buena procesal, es jurídicamente posible que no se imponga condena en costas a ninguna de las partes.

En efecto, los mandatos y postulados que rigen la buena fe y lealtad procesal no pueden ser ajenos al análisis que debe realizarse en punto de la condena en costas, es decir, el juez no puede alejarse de la valoración de la conducta procesal de las partes al momento de definir un aspecto que aunque es accesorio, es de

vital importancia, motivo por el cual se concluye que habrá casos en los que la conducta de las partes se ha ajustado a las reglas de probidad, lealtad, sinceridad y honradez que debe regir en cualquier relación procesal, que genere como consecuencia que no obstante que su posición procesal no tuvo acogida, sea exonerada de la condena en costas, más aún si el artículo 280 del Código General del Proceso, establece que en la sentencia *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes”*, a lo cual agrega el Tribunal que al haber prosperado parcialmente tanto las pretensiones como las defensas propuestas recíprocamente, no habrá condena en costas.

CAPÍTULO CUARTO

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver en derecho las diferencias surgidas entre **LINDSAYCA S.A.S.** por una parte, y por la otra, **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, en cumplimiento de la habilitación concedida por las partes para ello y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar, tal como se solicita en la pretensión primera de la demanda principal, que entre **LINDSAYCA S.A.S.** y la **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**, se celebró el Contrato No. 750758.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.** respecto de la demanda inicial de **LINDSAYCA S.A.S.**, tituladas “Justa causa para dar por terminado el Contrato, terminación ajustada a los términos convenidos, culpa exclusiva de **LINDSAYCA**, inexistencia del Daño reclamado por **LINDSAYCA**, por no haber incumplimiento de **TGI** no hay obligación de indemnizar.”

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, denegar las demás pretensiones de la demanda principal formulada por **LINDSAYCA S.A.S.** contra la **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**

CUARTO: Declarar infundadas el resto de las excepciones propuestas por la **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.** en contra de la demanda formulada por **LINDSAYCA S.A.S.**

QUINTO: Declarar, tal como se solicita en la pretensión primera de la demanda de reconvención, que **LINDSAYCA S.A.S.** incumplió el Contrato No. 750758 celebrado con la **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**

SEXTO: Declarar, tal como se solicita en la pretensión segunda de la demanda de reconvención, que la terminación del contrato suscrito entre **LINDSAYCA S.A.S.** y **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**, se efectuó por ésta última el 8 de Febrero de 2016 de acuerdo con lo estipulado en el Contrato.

SÉPTIMO: Declarar probada la excepción perentoria o de fondo denominada: “Cobro de lo no debido”, que fue propuesta por **LINDSAYCA S.A.S.** en contra de la demanda de reconvención presentada por **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**

OCTAVO: Denegar, en consecuencia, las demás pretensiones de la demanda de reconvención presentada por la **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**

NOVENO: Declarar no probadas el resto de las excepciones propuestas por **LINDSAYCA S.A.S.** en contra de la demanda de reconvención presentada por **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**

DÉCIMO: No condenar en costas a las partes.

DÉCIMO PRIMERO: Ordenar la liquidación final de las cuentas de este Proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos del Proceso”, para lo cual previamente por el Presidente deberá pagarse la Contribución Especial Arbitral a favor de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en la forma y monto previstos en el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016.

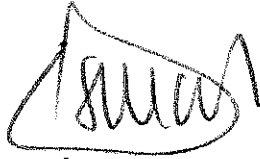
DÉCIMO SEGUNDO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

DÉCIMO TERCERO: Ordenar la expedición de copia autentica de este Laudo con destino a las Señora Agente del Ministerio Público que actuó en el presente proceso. Igualmente deberá remitirse copia del Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que tome atenta nota de su expedición y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que realice las anotaciones para los efectos legales a que haya lugar.

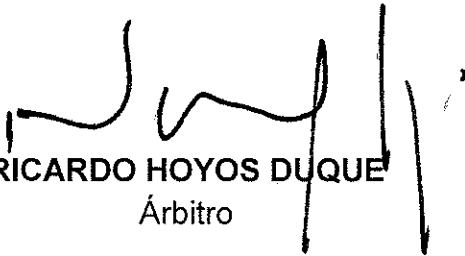
DÉCIMO CUARTO: Remitir el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje, para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia se notificó **en audiencia**.



NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
Árbitro Presidente



RICARDO HOYOS DUQUE
Árbitro



HERNANDO HERRERA MERCADO
Árbitro



HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario